

THÈSE DE
CAEN.

1892

N^o. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE
OU HYPOTHÉCAIRE

DROIT FRANÇAIS

DE

LA RÉALISATION DU DROIT HYPOTHÉCAIRE

OU DES

EFFETS DE LA PURGE

A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

JOSEPH DOMIN

AVOCAT

MORTAIN

IMPRIMERIE A. LEROY, GRANDE-RUE, PRÈS L'ÉGLISE

1892

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE
OU HYPOTHÉCAIRE

DROIT FRANÇAIS

DE

LA RÉALISATION DU DROIT HYPOTHÉCAIRE

OU DES

EFFETS DE LA PURGE

A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉÂTRE DE LA FACULTÉ

Le 10 Mars 1892, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

JOSEPH DOMIN

Né le 31 mars 1865, à Saint-Hilaire-du-Harcouët (Manche)

MORTAIN

IMPRIMERIE A. LEROY, GRANDE-RUE, PRÈS L'ÉGLISE

1892

Jury d'Examen

MM.

CABOUAT, Professeur, Président de la Thèse.

CAREL, Professeur.

AMBROISE COLIN, Agrégé.

BIVILLE, id.

À LA MÉMOIRE DE MON PÈRE



A MA MÈRE, A MES TANTES



A MA FAMILLE



A MES AMIS



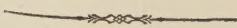
Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE OU HYPOTHÉCAIRE

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Précis de Droit romain*, 3^e édition, Paris, 1882.
BONJEAN. — *Traité des Actions*, Paris, 1845.
BACHOFEN. — *Pfandrecht*.
CUJAS. — *Opera omnia*, Paris, 1658.
DARESTE. — *Une loi éphésienne du 4^{er} siècle avant notre ère*, nouvelle Revue historique, 1877. — *Le Traité des Lois de Théophraste*, Revue de législation, 1870-71.
DEMANGEAT. — *Cours élémentaire de Droit romain*, 2^e édition, Paris, 1866.
DERNBURG. — *Pfandrecht*.
DU CAURROY. — *Institutes expliquées*, Paris, 1861.
ETIENNE. — *Institutes de Justinien*.
FAURE. — *Histoire de la Préture*.
IHERING. — *Esprit du Droit romain*, traduction de Meulenaère, 1877.
JOURDAN. — *De l'Hypothèque*, Paris, 1876.
KELLER. — *De la Procédure civile et des Actions chez les Romains*, 1870.
MACHELARD. — *Des Interdits*. — *Dissertations de Droit romain et de Droit français*.

- MAYNZ. — *Cours de Droit romain*, 3^e édition, Bruxelles, 1870-74.
ORTOLAN. — *Explication des Instituts*, 12^e édition, 1883. — Appendice au tome III, de l'*Hypothèque*, par M. Labbé.
PELLAT. — *Gage et Hypothèque*, traduit de Schilling.
PUCHTA. — *Cursus der Institutionen*.
RUDORFF. — *Edictum perpetuum*.
SAVIGNY (DE). — *De la Possession*. — *Traité de Droit romain*.
WALTER. — *Histoire de la Procédure civile chez les Romains*, traduit par Edouard Laboulaye.
WETTER. — *Cours élémentaire de Droit romain*. — Gand, 1872.
- 

INTRODUCTION

La propriété, telle que nous la concevons aujourd'hui, est la conséquence d'une série de transformations.

Elle est toujours liée d'une façon intime à la constitution de la société, elle la suit dans sa marche, et, qui plus est, elle réagit même à son tour, sur la formation de celle-ci.

La propriété, dans sa première forme, dut être collective. En effet, soit que l'on remonte aux temps les plus reculés de l'histoire, soit que l'on se transporte chez les peuplades qui ne sont encore qu'aux premiers échelons de la civilisation, on voit d'abord une société fondée sur la prédominance de la tribu, et c'est alors la propriété collective de la tribu. Puis dans la période qui suit, période patriarcale où la famille forme la principale unité dans le groupe social, a la prépondérance, c'est la propriété collective de la famille. Enfin, lorsque la famille se désagrège à son tour, que l'individu parvient à reprendre son autonomie, la propriété s'individualise également, de collective elle devient individuelle. Et même maintenant la propriété est-elle appelée à perdre son caractère exclusivement privé pour devenir une institution publique ? Ou bien est-elle appelée — j'entends la propriété du sol — à s'individualiser d'une façon plus intense encore, à s'identifier complètement avec les valeurs mobilières, à se mobiliser, comme le principe en a prévalu dans certaines législations étrangères et tend même à gagner la vieille Europe ? C'est un problème dont la solution dépendra de l'issue de la lutte engagée entre le socialisme et l'individualisme, problème dont les données sont déterminées d'une façon trop peu précise et compliquées de trop d'inconnues, pour

en prévoir à l'heure actuelle le résultat. Mais ce qu'on peut affirmer à l'avance, c'est que la propriété sera d'accord avec la forme sociale qui aura prévalu.

A Rome, aux premiers siècles, nous trouvons une société déjà parvenue à l'état agricole, avec la famille fortement constituée; société dans laquelle cette famille forme une entité parfaite, supérieure à l'individu qu'elle absorbe, mais tirant cependant sa puissance du nombre des individus qui la composent et qui sont autant de forces dont la résultante est l'étendue des pouvoirs du chef, *pater familias*, son unique représentant. La forme de la propriété sera moulée sur cette constitution de la famille; nous y voyons, en effet, la propriété mobilière, dans une certaine mesure au moins, individuelle, mais la co-propriété familiale du sol et des choses qui ont le plus de valeur.

Puis chaque famille n'est pas isolée, elle se rattache par son origine et par les liens de la parenté civile aux autres familles; il y a entre toutes une grande solidarité; il est donc de l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire de l'aristocratie qui détient le pouvoir, des familles patriciennes, qu'aucune d'elles ne s'amoindrisse, ne reçoive atteinte dans ses biens et dans sa fortune. De plus, cette famille est basée sur la religion, le culte du foyer, des ancêtres, elle s'efforcera d'assurer sa perpétuité par tous les moyens possibles. « La terre, dit Fustel de Coulanges (1), appartiendra à ceux « qui sont morts et à ceux qui seront à naître, l'individu « ne l'aura qu'en dépôt ». De là la propriété immobilière sera inaliénable.

Il en est ainsi à l'origine de Rome.

Mais déjà au temps de la Loi des XII Tables, on permet la vente de la propriété; le tombeau de la famille garde encore cependant son caractère d'inaliénabilité.

De même à l'origine, on ne connaît que les modes d'exécution sur la personne du débiteur et non sur ses biens :

(1) *Cité antique*, page 81.

« Le corps de l'homme répond de la dette, mais non sa terre (1) ».

On comprend aisément que dans une société ainsi constituée, la conception du droit d'hypothèque soit restée inconnue.

C'est qu'en effet l'hypothèque est un droit réel, mais de plus un droit réel assez complexe, impliquant la notion du droit de créance ; c'est ainsi une *obligatio rei*, une chose liée au paiement d'une dette. Il y a dans son élaboration une combinaison des principes du droit de créance et du droit de propriété. Il fallait donc, pour qu'un droit nouveau se dégage, que ces deux droits eussent eux-mêmes acquis un certain développement. Et, si la notion juridique du droit de propriété ne s'est pas formulée tout d'un coup, mais a passé par diverses phases, de même la notion du droit de créance, plus compliquée, d'une conception plus difficile, ne s'est pas dégagée en un seul jour, mais a dû passer par les divers degrés d'une évolution lente et progressive.

L'idée de contrat n'apparaît, en effet, chez les vieux romains, que sous une forme rudimentaire, le *Nexum*. Ils ont cherché à matérialiser la convention, ils se demandaient non si la personne avait consenti, mais si elle avait accompli la solennité, la formalité. Les idées concrètes sont, en effet, plus faciles à saisir que les idées abstraites, plus savantes. Plus tard, la forme du *nexum* disparaît ; une forme moins solennelle s'est créée, la *stipulatio*, qui resta toujours le mode général de s'obliger ; mais à côté, le droit romain en vint à admettre des contrats dont la convention, le consentement était la forme seule et suffisait pour obliger.

A ces deux causes initiales, contraires à la conception d'un droit d'hypothèque, ajoutons un motif qui n'est pas sans avoir une grande importance.

L'hypothèque, aux premiers âges de Rome, n'eût eu

(1) FUSTEL DE COULANGES.

qu'une très minime utilité. Elle est un moyen de crédit, et, dans les sociétés primitives, les conditions sociales et les relations économiques ne sont pas assez développées pour que l'on ressente le besoin de recourir au système assez compliqué des sûretés réelles, alors surtout que l'objet de ces sûretés avait par lui-même peu de valeur, que la vraie valeur résidait dans le travail de l'homme, dans la foi à sa parole jurée, par conséquent dans son obligation personnelle ou dans celle de ses répondants.

Mais peu à peu, la famille romaine perd de son énergie au profit de l'individu, la propriété devient plus maniable, il est plus facile de l'aliéner. La notion du droit de créance se développe, s'étend ; on s'attache moins à la forme extérieure et plus à l'idée de contrat générateur par lui-même d'obligation. D'un autre côté, les richesses du dehors commencent par la conquête à affluer à Rome : le capital augmente et la valeur de l'homme diminue ; des besoins nouveaux se font jour, et, sous l'influence de ces besoins, dans une société assez mûre pour cette innovation, naît un droit nouveau, l'hypothèque. Née de la pratique de faits courants d'abord dépourvus de sanction, elle ne tarde pas à recevoir une formule d'action de la part du prêteur. C'était lui donner droit de cité dans les institutions juridiques déjà existantes. Rudimentaire à son origine, son aspect se précise, ses contours se déterminent. Les jurisconsultes se mettent à l'œuvre. S'emparant de la formule du prêteur, « ils l'interprètent, l'expliquent, l'étendent, ils en font la théorie, et aux faits » uniquement prévus par le prêteur, ils substituent un » principe doctrinal (1). » Ils constituent la théorie de l'hypothèque.

Le droit d'hypothèque, comme les droits de propriété et de créance sur lesquels il est fondé, a donc, lui aussi, son évolution. Il a passé par différentes phases pour s'élaborer ; il a même attendu à paraître, il s'est développé lente-

(1) JOURDAN, de *l'Hypothèque*. Introduction, page 23.

ment, et sa conception juridique n'est peut-être pas encore dans l'état actuel de nos législations arrivée à sa véritable forme.

En droit romain, chose curieuse, son origine et son développement se trouvent intimement mêlés aux procédés de la pratique. Il se fixe à son début dans une formule, celle de l'action quasi-servienne, et se développe avec elle.

« C'est que, dans la législation romaine, en effet, la » procédure se lie très étroitement au développement du » droit lui-même. Elle devient, principalement dans le » domaine du droit privé, un véritable instrument de progrès, et c'est à son aide presque toujours que s'accomplissent sans bruit ces changements mesurés, insensibles, mais quotidiens, qui mettent le droit en rapport exact avec le milieu social où il se développe et lui permettent de donner satisfaction aux besoins nouveaux que le temps fait naître, aussitôt qu'ils viennent à se manifester clairement (1) ».

Aussi avons-nous pris pour sujet l'action quasi-servienne ou hypothécaire, pour étudier la création et la théorie de l'hypothèque.

Nous diviserons cette étude en deux parties.

Dans la première, nous verrons l'élaboration de l'action quasi-servienne, c'est-à-dire la formation du régime hypothécaire en droit romain.

Dans la deuxième, nous ferons la théorie de cette action, ce qui correspondrait au développement du droit hypothécaire à Rome.

(1) KELLER, *de la Procédure civile et des Actions chez les Romains*. Introduction du traducteur, M. Capmas.

PREMIÈRE PARTIE

ÉLABORATION DE L'ACTION QUASI-SERVIENNE ET DU DROIT HYPOTHÉCAIRE

Nous avons à rechercher comment, sous l'influence de quelles causes, à l'aide de quels moyens, s'est créé le régime hypothécaire ; c'est-à-dire examiner par quelle série de transformations le droit romain est passé pour arriver à munir d'une action spéciale, l'action quasi-servienne, une simple convention par laquelle un débiteur, sans perdre ni la propriété, ni la possession, ni même la simple détention, confère à son créancier, comme garantie de sa créance, un droit tel sur une chose que ce créancier puisse s'en emparer partout et en quelques mains qu'elle se trouve pour la vendre et se payer par préférence sur le prix.

Voyons quelle a été la marche du droit pour trouver cet instrument de crédit qui a reçu de si grands développements dans nos sociétés modernes.

Il a procédé par étapes dont les principales sont l'aliénation *fiduciæ causa* et le *pignus* ; il s'est inspiré d'institutions déjà existantes, telles que le *jus prædicatorium* ; il s'est servi de l'interdit *Salvianum* et de l'action *servienne*, premières manifestations de l'hypothèque ; puis enfin il a, de ce droit nouvellement éclos, fixé l'objet et l'étendue d'application dans la formule de l'action *quasi-servienne*, appelée de ce chef action hypothécaire.

Mais avant d'aborder l'étude de ces divers éléments de formation, jetons un rapide coup d'œil sur l'état du crédit aux premiers siècles de Rome.

Nous avons déjà vu que la forme sociale n'était pas assez développée pour nécessiter la création d'instruments de crédit puissants peut-être, mais compliqués.

Le Romain, religieux, guerrier et agriculteur, passe volontiers de la charrue au maniement des armes. Son principal moyen d'acquérir la propriété est la conquête, le butin pris sur l'ennemi (1). S'il a besoin de fonds pour faire des sacrifices aux dieux, s'équiper, cultiver la terre, quelle garantie peut-il fournir à son prêteur ? Ses biens étaient de peu de valeur. Mais ce qui le dispensait de donner une garantie matérielle, c'était sa promesse en la foi jurée, celle de ses amis, de ses parents, des membres de sa famille, de sa gens, car il existait entre eux une grande solidarité.

La caution était donc le moyen tout trouvé de crédit. Elle contenait de plus une certaine attestation d'honorabilité émanant de parents et d'amis. Puis le débiteur faisait tout son possible pour remplir ses engagements ; il y était incité et par le contrôle incessant de la caution, et par la crainte des mesures de coercition dont pouvait user sur sa personne le créancier, tels les effets si rigoureux du *Neurum* et de la *Manus injectio*.

La sûreté personnelle suffit donc à l'origine ; de plus, elle a la préférence. Ainsi Caton, *de re rustica*, nous parle-t-il d'un propriétaire qui accepte de son fermier une sûreté réelle sur ses capitaux d'exploitation, mais en attendant que ce dernier lui trouve une caution ; et Isidore (2) déclare-t-il : *Pignus est cujus possessionem solam ad tempus consequitur creditor*.

Mais peu à peu, avec le relâchement des liens qui unissaient les membres de la *gens*, le développement de la richesse nationale, l'adoucissement apporté au régime des cautions et aux mesures d'exécution contre le débiteur,

(1) Et encore ne devenait-il pas par ce moyen propriétaire du sol conquis, qui revenait de droit à l'Etat, lequel avait le droit de le distribuer ou de le vendre aux enchères !

(2) Orig. V, 25.

l'usage des sûretés personnelles va en diminuant, tandis que celui des sûretés réelles se généralise. Si bien que, dès le II^e siècle de notre ère, le jurisconsulte Pomponius a pu dire avec vérité : *Plus cautionis in re est, quam in persona* (2).

I^{er} §. — ALIÉNATION *fiduciæ causa*.

Dès une haute antiquité, le droit romain connut une sorte de crédit réel par la *pignoris capio*, saisie d'objets mobiliers appartenant au débiteur avec prononciation de paroles solennelles. Mais cette *legis actio*, d'ailleurs restreinte à un petit nombre de cas déterminés par la loi ou la coutume, aux créances ayant un caractère religieux ou sacerdotal, ou un caractère d'intérêt public comme celui de l'armée ou du fisc, apparaît plutôt comme un mode d'exécution rudimentaire, abrégé, où le créancier pouvait se faire justice lui-même sans recourir aux formalités du *sacramentum* ou de la *manus injectio*, que comme un moyen de crédit susceptible de vulgarisation. Ce mode d'exécution ne découle pas d'une convention et n'intervient qu'après la formation et l'échéance de la dette.

Mais la première forme sous laquelle s'est véritablement manifestée la garantie réelle a été l'*aliénation fiduciaire*.

Nous sommes sous l'empire du droit civil; le nombre des formes qui servent à fixer les conventions est restreint. Parmi les principales se présentent la *Mancipatio* et l'*in jure cessio*. Ils servent à transférer la propriété romaine, le *dominium ex jure quiritium*. Ce sont ces modes primitifs et peu maniables qu'emploie celui qui veut constituer une sûreté réelle, donner une garantie à sa dette. Il mancipe ou cède *in jure* tel fonds, tel esclave, pour un prix nul, à son créancier, et lui en transfère ainsi la propriété; puis à la suite, en présence des mêmes témoins, immédiatement

(2) L. 25, Dig. *de regulis juris*, liv. I, tit. XVII.

après, intervient entre les mêmes parties un second contrat par lequel le créancier, l'acheteur dans l'espèce, s'engage *fiduciæ causa*, une fois payé, à retransférer, à remanier la chose au débiteur, ici le vendeur (1). C'est l'aliénation fiduciaire, moyen réel de crédit. « *Fiducia est cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur, vel in jure creditur* (2). »

Le créancier est propriétaire *ex jure quiritium* ; il possède l'action en revendication *contra quemcunque possidentem* ; il est le vrai et seul propriétaire à l'égard des tiers, il paie l'impôt. Mais, peut-il vendre ? — M. Jourdan (3) répond : Il le peut, mais ne le doit pas. Le pacte de fiducie l'en empêche. Ce n'était peut-être à l'origine qu'un engagement d'honneur, mais ce pacte ne dut pas tarder à recevoir une sanction, l'action *fiduciæ*, une des premières actions de bonne foi (4). Le créancier s'expose en vendant le débiteur peut le désintéresser et alors, par l'action *fiduciæ directa*, le sommer de lui retransférer la propriété de sa chose. Si le créancier s'était mis dans le cas de ne pouvoir le faire, il était puni par une condamnation pécuniaire fixée sur le serment du demandeur, et de plus, cette condamnation entraînait l'infamie. Si le débiteur ne le payait pas, le créancier avait toujours à craindre les effets de la fiducie, et ne devait pas vendre ; mais alors, pour réaliser son droit, il ne lui restait qu'un moyen, c'était

(1) Table d'airain trouvée en Espagne près du Guadalquivir ; — Revue de Législation de 1870-71, art. de M. Gide, page 74. — Il s'agit d'un fonds situé sur le territoire de Hasta, qui était une colonie romaine, ce qui explique comment un fonds situé hors d'Italie a pu être l'objet d'une mancipation.

(2) Isidore, orig. V, c. 25, puis Gains, Inst. II § 59 et 60.

(3) *De l'Hypothèque*, page 39.

(4) En effet, la formule de l'action de fiducie contient, ajoutés à la question de droit qu'elle pose, ces mots qui ont un cachet d'antiquité des plus prononcés : *Ut inter bonos bene agier oportet*. Il est permis de penser qu'avant que le pacte de fiducie fût muni d'action, le débiteur y insérerait une stipulation spéciale contre le dol, *clausula doli*, et si le créancier vend, comme il ne peut retransférer la chose, il est coupable de dol ; — puis on en arrive à sous-entendre cette clause de dol, et le contrat de fiducie devient alors de bonne foi avec une action de bonne foi, où tout fait de dol est pris en considération.

d'user de l'action personnelle contre le débiteur, laquelle aboutissait aux rigueurs de la *manus injectio*, où le débiteur était réduit en esclavage et vendu à l'étranger, *trans Tiberim*, et ainsi par l'effet de la *maxima capitis deminutio*, perdait tous ses droits, y compris l'action *fiduciæ*.

Aussi de bonne heure, introduit-on dans le pacte de fiducie une *lex commissoria*, par laquelle le créancier garde la chose s'il n'est pas payé. Mais cette clause est nuisible aux deux contractants. Alors, dans un but d'intérêt mieux compris, se fait jour une clause nouvelle plus perfectionnée que la *lex commissoria*, c'est le *pactum de vendendo*. Le créancier stipule, s'il n'est pas payé à l'échéance, le droit de vendre la chose et de se payer sur le prix. Ce pacte est bizarre en droit : le créancier est propriétaire d'une chose, et il stipule qu'il ne la vendra pas ! — Mais c'est un procédé de la pratique qui permet au créancier, s'il vend, d'échapper aux conséquences de l'action *fiduciæ directa*. Cette innovation se généralisa, si bien qu'on la sous-entendit toujours dans l'aliénation fiduciaire, et que même le pacte contraire de *non vendendo* arriva à n'avoir d'autre effet que celui d'obliger à mettre le débiteur en demeure.

Le créancier jouissait donc d'une garantie très forte : il était propriétaire et exerçait la revendication même contre le débiteur ; il avait l'action *fiduciæ contraria* pour recouvrer les impenses nécessaires et utiles qu'il pouvait avoir faites à la chose (1), et enfin, il pouvait réaliser son droit en vendant la chose et en se payant sur le prix.

On avait ainsi mis la main sur un système de crédit réel, très solide, il est vrai, mais exagéré. Car, d'un côté, si le créancier avait des droits, il avait des obligations ; à lui, en effet, la garde de la chose et la responsabilité des dégradations ou détériorations commises par son fait ou sa faute. Et, d'un autre côté, l'intérêt du débiteur était sacrifié. Il était privé de l'usage de sa chose et se trouvait

(1) PAUL, 44-43, § 7.

à la merci d'un créancier insolvable qui pouvait la vendre.

Pour remédier à ces inconvénients, on recourait souvent à des palliatifs. Après l'aliénation fiduciaire, le créancier louait la chose au débiteur pour un prix qui n'était pas sérieux, *nummo uno*, ou bien la lui donnait à précaire.

Ce n'étaient là que des expédients. Le système péchait par la base, le transfert au créancier de la propriété.

Aussi les jurisconsultes considéraient-ils parfois le débiteur comme ayant conservé la propriété de la chose aliénée ! Ainsi, le défunt qui a légué la chose par lui mancipée fiduciairement, n'a pas légué une *res aliena* (1) ; ainsi s'exprime Paul : « *Rem legatam si postea pignori vel fiducia dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur* (2). »

Pour le même motif, on lui accorde une usucapion spéciale, dérogeant aux règles de l'usucapion ordinaire, puisqu'il n'est pas besoin de juste titre ni de bonne foi (3), l'*usureceptio ex fiducia*, qui s'accomplit au bout d'un an, au moyen de laquelle il peut facilement recouvrer la propriété quiritaire de la chose par lui mancipée. Il lui suffisait dont d'être resté un an en possession de la chose pour en redevenir propriétaire. Mais il lui fallait pour cela ne pas la posséder à titre de locataire ou de précariste ; et même en ces deux cas, il n'avait qu'à désintéresser le créancier, et un an après le paiement, l'*usureceptio* produisait ses effets. Pas d'inconvénients donc pour l'acquéreur à titre fiduciaire à laisser la chose en la possession du débiteur à titre de précaire ou de louage. En fait, il le faisait souvent, et il se servait de la revendication, lorsque faute de paiement, il voulait réaliser son droit. — « En somme, dit Jourdan (4), l'instinct pratique avait » amené un résultat contraire aux principes. En droit, le » créancier était propriétaire incommutable de la *fiducia*, » si bien que sa propriété n'était pas même résolue par le

(1) GAIUS. II, § 220.

(2) Sent. III, 6 § 16.

(3) GAIUS. III, § 201.

(4) De l'Hypothèque, page 50.

» paiement, mais en fait, le débiteur était considéré comme
» restant propriétaire, sous la condition résolutoire de
» non paiement à l'échéance ; alors seulement, en effet,
» le créancier, afin de se payer sur la chose ou sur son
» prix, exerçait effectivement son action en revendication
» qui ressemblait singulièrement à une action hypothé-
» caire. »

L'aliénation fiduciaire fut longtemps suffisante et ne s'éteignit guère que vers le III^me siècle de notre ère. On avait dans l'intervalle trouvé un système qui ménageait davantage les intérêts du débiteur, le *Pignus*.

II^e §. — *Pignus*.

Avec le *pignus*, la théorie des sûretés réelles, accomplissant son évolution, entre dans une nouvelle voie et s'achemine davantage vers le droit hypothécaire.

Pour bien saisir le développement du *pignus* et son rôle dans le droit nouveau qui sera créé, il est bon de jeter dès maintenant un rapide coup d'œil sur le fonctionnement de la justice à Rome, sur la progression de la procédure si intimement liée, nous le savons, au développement du droit privé.

Le trait distinctif, c'est la division de l'instance en deux parties, division fondamentale et qui paraît remonter aux premiers siècles de Rome. Elle donnait lieu à deux procédures, la procédure *in jure*, devant le magistrat, et la procédure *in judicio*, devant le juge. Devant le magistrat (1), l'affaire aboutissait non à une sentence définitive, mais à un ordre, *ordinatio*, qui fixait par quels juges et sur quoi il devait être statué, puis elle se terminait devant le juge par un jugement, une sentence. Mais dans ces deux phases, il fallait se soumettre à l'observation de certaines formes, qui prirent le nom de *formules* ou *actions*. Le système le premier en date est celui des *Actions de la loi*. Il se carac-

(1) C'était suivant les époques, d'abord le roi, puis les consuls, et enfin le ou les préteurs.

térise, pour les parties, par l'accomplissement d'une suite de paroles, de formules solennelles, déterminées strictement, avec accompagnement parfois d'actes symboliques, et pour le magistrat, par des dires, des ordres également prononcés en termes solennels. Les plaideurs agissaient devant le magistrat à leurs risques et périls, et l'observation des actions de la loi était prescrite d'une façon rigoureuse ; pas d'oubli, ni moindre écart des formes consacrées, c'est la perte du procès ; de plus, le juge décidait sans recevoir aucune instruction du magistrat, mais d'après ce que les parties avaient dit et fait *in jure*.

Ce système, trop esclave des formes, était rebelle aux innovations. Il est peu à peu remplacé et enfin détrôné par un autre, le système *formulaire*, déjà suivi par les pérégrins. Là, le magistrat a un rôle prépondérant. Les parties lui expliquent le sujet de la contestation, le préteur les guide, les dirige, et établit cette formule, résumé du débat qui s'est passé *in jure* ; puis il institue le juge et lui délimite d'une façon précise sa mission, son *officium*. Et le juge doit avant tout se conformer à la formule, dût-il pour cela violer la loi et le sens commun (1).

Le préteur, en vertu de son *imperium*, avait tous les pouvoirs nécessaires à l'administration de la justice. Or, au lieu de rédiger une formule pour chaque affaire, il réunit dans son édit un faisceau de formules générales et permanentes, et en inventa même de nouvelles pour sanctionner un besoin nouveau dont l'utilité se faisait sentir dans la pratique.

C'est alors qu'apparaît le grand rôle du magistrat, du préteur, dans le développement du droit romain, et c'est certainement à lui qu'est due l'élaboration du régime hypothécaire.

En effet, en dehors du droit civil et avec l'appoint du système formulaire, la théorie de la possession s'était formée à Rome par le préteur.

(1) ACCARIAS, p. 903. — CICER. *In Cecil. div.*, 47. — *In Verr.* 2 act, 11, 12.

En réalité, la possession est un fait, mais un fait digne de protection, qu'il est bon par conséquent de sanctionner; elle devient donc, aux yeux de la loi, un fait générateur de droits.

C'est ainsi qu'à côté de l'aliénation fiduciaire et de bonne heure, se développa un autre mode de constituer une sûreté réelle, fondé sur la possession, ce fut la constitution de gage, ou *pignus*.

Le mot même de *pignus* indique qu'il doit remonter à une haute antiquité. Il ne dut être, à son origine, qu'un simple nantissement dépourvu de toute action. Peut-être même reçut-il sa première sanction au moyen d'une clause de fiducie, comme l'aliénation fiduciaire. Plus tard, il se fit valoir par une exception; en effet, à l'action en revendication du constituant, le créancier gagiste opposa, pour la paralyser, l'exception *nisi res pignoris nomine tradita fuerit*, que lui octroya le prêteur. Mais le *pignus* ne s'érigea réellement en mode de crédit concurrent à la fiducie, que lorsqu'il fut élevé à la hauteur de contrat *re*, régularisé et pourvu des actions *pignoratitiæ directa* et *contraria*.

Il fut alors souvent employé pour constituer une sûreté réelle et cela postérieurement à la fiducie. La *mancipatio fiduciæ* se rattache plutôt au droit civil et le *pignus* au droit honoraire.

Par le *pignus*, on ne transfère plus au créancier la propriété d'une chose, mais la possession, une possession spéciale, génératrice d'un droit particulier, de telle sorte que cette chose lui est obligée pour la sûreté de sa créance. Isidore détermine ainsi l'idée du *pignus* : « *Cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est* (1). »

Il fut employé d'abord lorsque la mancipation n'était pas possible, par les pérégrins par exemple, ou bien lorsque la dette était trop peu importante pour recourir aux for-

(1) Orig. V, 25.

malités solennelles d'une mancipatio ou d'une in jure cessio. Plus tard, il se généralisa.

Le débiteur avait la revendication, et, de plus, une action personnelle contre le créancier, pour rentrer en possession de la chose après le paiement, l'action *pignoratitia directa*.

Le créancier, lui, n'a que la simple détention, il n'est pas à l'abri des voies de fait de la part des tiers. Avait-il perdu la possession, il n'avait pas de moyen légal de la recouvrer. C'est alors que le prêteur, pour remédier à cet état de chose, et fidèle à son principe de sauvegarder cette possession encore fragile qu'il venait de créer et de sanctionner, lui accorde les interdits possessoires au moyen desquels il recouvre la possession en son propre nom.

Le créancier a donc une possession spéciale, *ad interdicta*, c'est-à-dire tous les avantages de la possession, sauf le droit d'usucaper, qui reste au débiteur, puisque ce dernier peut continuer l'usucapion commencée comme s'il possédait encore (1). Il est possible, en effet, de détacher les uns des autres les différents avantages de la possession et de les donner à des personnes différentes.

Cette possession procure au créancier une sûreté réelle très solide, puisque, dit M. Labbé (2), « en tant que possesseur, il a le moyen de se défendre ou de triompher » des attaques des tiers, sans attendre, comme un locataire ou un commodataire, le bon vouloir et les bons offices de son auteur, ici son débiteur. Il y a plus, il est possible que le trouble, que la dépossession vienne du débiteur lui-même, le créancier use des interdits même contre lui. » Et la raison de ce partage, de cette anomalie, il la trouve dans l'utilité pratique, l'intérêt des deux parties : « L'usucapion, en rendant le débiteur propriétaire, » augmentera la sûreté du créancier. Le créancier a les in-

(1) L. 16. Dig. de usurpat. l. 41, t. III ; — l. 29, de pignor. act., liv. 43, t. VII.

(2) Sur Ortolan, appendice, p. 833. — V. Ortolan, *Explication des Instituts*, t. III, 41^e édition.

» terdits envers et contre tous ; il fallait qu'il les eût pour
» sa sûreté. Le créancier, une fois le prêt effectué, n'a au-
» cun zèle à attendre du débiteur. »

Il y a donc dans le *pignus* un avantage sur la fiducie : la condition du débiteur est meilleure, il a, après le paiement de la dette, pour rentrer en possession de sa chose, non seulement une action personnelle contre le créancier, mais comme propriétaire, l'action en revendication contre tous.

Le créancier, de son côté, a également une garantie sérieuse et solide : il peut retenir la chose jusqu'au paiement.

Mais, ce droit est insuffisant. Il fallait pouvoir réaliser le gage, le convertir en argent en cas de non-paiement à l'échéance.

Aussi le créancier fait intervenir dans le contrat de gage, ou postérieurement, comme déjà il l'avait fait dans la fiducie, des clauses qui lui donnent une situation plus favorable. C'est la *lex commissoria* et le *pactum de vendendo* (1).

La *lex commissoria* est la clause par laquelle le créancier devient à l'échéance propriétaire de la chose contre l'extinction de la dette. Il y en a deux variétés. Dans la première, il devient propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant un prix fixé par estimation lors de l'échéance, et il impute sa créance sur le prix. C'est compliqué. Dans la seconde, il devient propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant l'extinction de la dette, c'est-à-dire pour un prix égal au montant de la dette en principal et accessoires (2). C'est dangereux pour le débiteur.

Déjà dans la fiducie, de bonne heure, avait été introduite la *lex commissoria*. Elle impliquait alors que le créancier, déjà propriétaire de la chose, était, si on ne le

(1) Voir sur ces points : Labbé, sur Ortolan, *loc. cit.*

(2) *Fragm. vatic.* § 9.

payait pas à l'échéance, délié de l'obligation de retransférer la propriété de cette chose au débiteur. Par la *lex commissoria*, il la gardait moyennant l'extinction de la dette, et alors il pouvait en user en plein propriétaire et sans avoir à redouter les effets de l'action de fiducie. On a comparé la *lex commissoria* de la fiducie, avec assez de raison, au pacte de rachat joint à un contrat de vente ; — mais s'il y a certaines ressemblances dans les effets, il y a aussi beaucoup de différences par ailleurs. L'acheteur à réméré achète avec l'intention de devenir et rester propriétaire, et n'a pas d'action contre le vendeur ; le créancier, lui, ne se soucie pas de garder le gage, mais d'être payé ; dans la vente les risques sont pour l'acquéreur, dans la fiducie pour le débiteur. Quant au pignus, il n'y a plus d'assimilation possible, la *lex commissoria* est une véritable attribution de la propriété au créancier, qui n'avait avant que la possession.

Le *pactum de vendendo* est la clause qui confère au créancier, s'il n'est pas payé à l'échéance, le droit de vendre, *jus distrahendi*, le gage et de se payer sur le prix. C'est donc en vertu d'un pacte accessoire et sous certaines conditions, après l'époque de l'échéance et en cas de non paiement, que le créancier détient le droit de vendre, le *jus distrahendi* ; — ce n'est pas comme propriétaire ; — et si, en dehors de ces conditions, il vend et livre le gage, il ne transfère pas la propriété, et même il se rend coupable de vol à l'égard du débiteur (1). Il y a dans cette clause un progrès véritable sur la *lex commissoria* : l'intérêt du débiteur est sauvegardé, et cependant le droit du créancier est efficace, il peut facilement le réaliser. Une vente faite à bon droit et en temps opportun amènera une heureuse liquidation ; — le créancier recevra le prix et l'imputera sur sa créance, et par l'action *pignoratitia*, le débiteur lui fera rendre compte de la disparition du gage et de l'excédent du prix, s'il y en a.

(1) L. 73, Dig. de *furtis*, liv. 47, tit. II.

Ce pacte, d'abord accidentel dans le contrat de gage, et qui devait être formellement exprimé (1), devint, après Gaius, de style et sous-entendu (2), et plus tard il fut de l'essence même du gage. Nous le retrouverons, car il fut également joint à la convention d'hypothèque et influa beaucoup sur son développement.

A l'époque où nous sommes arrivés, le pignus constitue une sûreté réelle en véritable progrès sur la fiducie. Il ne conférait à l'origine au créancier qu'un simple droit de retention ; le préteur l'a consolidé à l'aide des interdits, et l'a doté d'une efficacité puissante par le pactum de vendendo.

Cependant, par sa nature même, le pignus présentait toujours des inconvénients. Le débiteur était privé des fruits et le créancier n'y avait pas droit. Le créancier avait la garde et l'administration du gage, il devait y apporter les soins d'un bon père de famille, avec ce tempérament, il est vrai, *diligentia quam rebus suis adhibere solebat* ; de plus, si la chose était frugifère, il devait la cultiver : c'était pour lui la source d'une responsabilité gênante.

On y remédiait en partie au moyen du pacte d'anti-chrèse et de la concession à précaire, comme dans la fiducie. Dans le premier cas, on convenait que le créancier percevrait les fruits du gage en échange des intérêts de sa créance (3). Par là on évitait un compte de fruits. Dans le second cas, le débiteur obtenait l'usage de sa chose au moyen du contrat de précaire ou de louage (4), par dérogation au principe de la loi 45, pr. *de regulis juris* (liv. 50, t. XVII) : « *Neque pignus, neque emptio, neque locatio rei suæ consisteret.* »

On reconnaissait donc en fait qu'il fallait que la chose

(1) GAIUS, 44, § 64.

(2) Sous Ulpien, tout créancier gagiste a le droit de vendre ; à moins de clause contraire formelle. (L. 4, Dig. l. 43, t. VII. — L. 7, liv. 8, tit. XXVIII.

(3) L. 44, § 4, Dig. *de pig.* liv. 20, t. 4.

(4) L. 35, § 1. Dig. *de pignorat. act.* l. 43, tit. VII.

demeurât en la possession du débiteur : restait à convertir le fait en droit.

Souvent dans le *pignus* intervenait cette convention entre un débiteur et son créancier : « Je vous donne, disait le débiteur, telle chose en gage, mais remettez à une époque ultérieure la prise de possession, et si je ne vous donne pas les cautions, les garanties que je vous ai promises, ou si je ne vous paie pas à l'échéance, je vous permets ce jour-là de mettre la main sur le gage. C'est le *pignus oppositum* ou *suppositum* ; il n'y a qu'une convention de gage sans contrat, puisqu'il n'y a pas de remise de la chose : c'est le principe de la convention d'hypothèque. On voit des traces de ce *pignus oppositum* dans Plaute : « *Vix hercle, opinor, si me obponam pignori* (1). » De même Caton l'ancien (2) entend bien probablement, lorsqu'il emploie les mots *pignori sunt*, que les objets ne seront pas immédiatement remis aux mains du créancier. Mais cette convention manquait encore de sanction légale. Il fallait autoriser l'engagement direct d'une chose, créer une institution nouvelle qui fit dériver de la convention un droit réel pour le créancier, sans que le débiteur eût besoin de se dépouiller de la propriété, ni de la possession, ni même de la détention de sa chose.

Ce but fut atteint dans un cas spécial par l'action *servienne* qui, généralisée, devint l'action *quasi-servienne*, sanction d'un droit nouveau, l'*hypothèque*.

Le prêteur était sollicité d'entrer dans cette voie par l'exemple du droit public qui, dans les rapports de l'Etat avec les particuliers, employait depuis longtemps et sans inconvénients, un mode spécial de garantie et d'exécution sur les biens de ses débiteurs, le *jus prædatorium*. De plus, le premier pas a été déjà fait par la création d'un interdit spécial, l'*interdit salvien*. — Enfin, l'importance croissante du prêteur pérégrin, son influence sur le droit

(1) *Pseudolus*, act. I, scène I.

(2) *De re rstica*, c. 146, 150.

civil, dans le sens d'une interprétation plus large de ce dernier et plus conforme au développement social et économique, interprétation faite à la lumière du droit des gens, qui forçait ainsi les portes du droit civil, contribua quelque peu, pour sa part, à la création d'un droit nouveau dont on ressentait le besoin, et surtout à sa généralisation.

Voyons l'effet de ces diverses influences sur le développement du droit hypothécaire.

III^e §. — *Jus prædiatorium.*

Ce droit est encore peu connu, quoique des découvertes récentes aient jeté sur lui une nouvelle lumière (1).

Des particuliers pouvaient devenir débiteurs du peuple romain, notamment par l'adjudication aux enchères de la ferme des impôts, la vente ou la location aux enchères des biens du domaine public, l'adjudication au rabais des travaux d'utilité publique. Dans tous ces engagements, les débiteurs devaient donner à l'Etat des garanties ; d'abord, des cautions, *prædes*, obligées elles et leurs biens ; ensuite, aux engagements personnels, on préfère des immeubles désignés à titre de gage, *prædia subsignata* ; mais les engagements personnels subsistent toujours : les deux garanties personnelle et réelle coexistent même de droit dans les dernières années de la République. Si, à l'échéance, l'obligation n'est pas acquittée, l'Etat met en vente sa créance, avec toutes les sûretés y attachées. Des individus avaient l'habitude d'acheter ces créances et d'en

(1) Voir sur ce droit M. JOURDAN, de *l'Hypothèque*, p. 51 ; puis M. GIRAUD : *Etudes sur l'æs Malacitanum, Tables de Salpensa et de Malaga*, Paris, 1856. — *Tables de Malaga*, séances et travaux de l'académie des sciences morales et politiques, t. 39, p. 177. — La *Lex Malcitana*, Paris, 1868.

Les Tables de Malaga, découvertes en 1851 à Malaga, contiennent des fragments très étendus du règlement municipal accordé par l'empereur Domitien à la cité fédérée de Malaca et à la ville de Salpensa, en Espagne.

trafiquer ; on les appelait *prædiores*, d'où le nom de *jus prædiorum*, appliqué au droit de cette matière (1).

Celui qui avait ainsi contracté avec le peuple romain, déclarait sur un registre public les immeubles qu'il donnait en gage comme sûreté, et signait, c'était la *subsignatio prædiorum*. M. Jourdan (2) voit dans ce fait une sûreté réelle, une véritable hypothèque donnée à l'Etat, qui eût été d'une application facile dans les conventions entre les particuliers, et dont le prêteur eût pu tirer le principe de la spécialité. — Cette subsignatio n'est-elle pas plutôt, comme le prétend Maynz (3), une aliénation analogue à l'aliénation fiduciaire, comme le porterait à croire l'*usureceptio ex prædiatura*, analogue à l'*usureceptio ex fiducia* ? (Gaius, 11, § 61). — Ou bien, au contraire, une simple indication des immeubles du débiteur, mais sans recours contre son insolvabilité future, comme le voudrait Mommsen ? (4) Le *jus prædiorum* est encore entouré de trop d'obscurités pour pouvoir bien en définir la nature. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il apparaît comme une sûreté réelle donnée à l'Etat, mais il est difficile de savoir dans quelles limites s'en est inspiré le prêteur pour créer le droit d'hypothèque.

IV^e §. — L'INTERDIT SALVIEN.

Il est le précurseur de l'action servienne. Il est fait au profit du créancier. Voici l'hypothèse : Lorsqu'un fermier prenait à bail un *prædium rusticum*, il ne possédait en règle générale que son faible mobilier, des bestiaux, des esclaves et ses instruments aratoires, toutes choses nécessaires à l'exploitation du fonds, et dont le dessaisissement lui eût été très préjudiciable en le mettant dans l'impossibilité de cultiver la terre. Cependant, le bailleur exigeait

(1) GAIUS, c. II, § 61.

(2) *De l'Hypothèque*, page 57.

(3) Tome 1, page 434, in-16.

(4) *Stadtrechte von Salpensa*, page 446.

des garanties pour assurer le paiement de ses fermages. Il est probable que la première solution de la difficulté consista en une constitution de gage suivie du contrat de précaire : le fermier remettait au bailleur en gage les objets mobiliers qu'il apportait sur la ferme ; mais aussitôt le bailleur lui en retrocédait la possession par le précaire. Mais c'était bien des complications ; en pratique, il fallait simplifier et cependant arriver au même résultat. Le progrès se réalisa par l'introduction dans le contrat de louage d'une clause qui engageait au propriétaire les *illata*, meubles introduits dans la ferme, mais sans dessaisissement actuel.

D'après une formule dans Caton, *de re rustica*, c. 146, dit Maynz (1), le fermier s'engageait à payer exactement le loyer et à fournir de ce chef caution suffisante, puis on ajoutait la clause suivante : « *Donicum solutum erit aut ita* » *satisfatum erit, quæ in fundo illata erunt pignori* » *sunto. Ne quid eorum de fundo deportato, si quid deportaverit, domini esto.* » Et si le fermier exécutait fidèlement son engagement, c'est-à-dire payait exactement ses fermages ou avait fourni des cautions suffisantes pour en répondre, — cela indique encore la prédominance du crédit personnel, — la clause se trouvait sans objet, mais s'il ne payait pas, ni ne fournissait la caution promise, ou s'il enlevait les meubles introduits dans la ferme, le créancier était, par la convention, autorisé à saisir les meubles. Cette clause ne pouvait produire tout son effet utile. Elle permettait bien au créancier, en vertu des mots *pignori sunt*, combinés avec le *domini esto*, de se faire remettre les *illata* à titre de gage ; mais il n'avait ce droit qu'à l'égard des *illata* qui garnissaient actuellement la ferme, il expirait lorsque les objets avaient été déplacés. C'est qu'en effet il eût fallu, d'après le droit civil, pour avoir la revendication, que les objets lui eussent été mancipés, et l'action *pignoratitia*, qu'ils eussent été mis en sa

(1) *Cours de Droit romain*, tome 4, p. 754.

possession. C'était bien là un cas de *pignus oppositum*, une simple convention de gage, non suivie de la remise matérielle de la chose, et par conséquent dépourvue d'action.

Le droit honoraire suppléa, en partie, à cette lacune du droit civil. En effet, un prêteur, du nom de Salvius (1), créa un interdit qui permit au maître du fonds rural de se faire attribuer, à défaut de paiement, la possession des objets du fermier introduits sur la ferme et affectés spécialement au paiement des fermages (2). Il pouvait même s'emparer des *illata* soit dans la ferme, soit ailleurs. Mais pouvait-on exercer l'interdit contre les tiers détenteurs ? — C'est un point discuté. M. Van Wette (3), notamment, prétend qu'on ne peut l'exercer contre d'autres que le fermier lui-même ou ses successeurs universels. Cependant, le cas spécial pour lequel il a dû être créé, savoir pour empêcher le fermier de détourner les *illata* ; la position si favorable du bailleur, position qui lui constituait pour les objets apportés sur son fonds une sorte de possession par l'entremise de son fermier, qui tendait à le faire considérer comme ayant un droit sur ces objets, malgré l'absence d'une possession effective (4) ; et le texte de Julien (5), où le jurisconsulte donne même contre un tiers acquéreur l'interdit Salvien *utile*, pour obtenir la possession de l'enfant né chez lui de l'esclave *ancillam inductam in fundo pignoris nomine*, et le § 1, où il s'exprime ainsi : « *Adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur* », sont des preuves que cet interdit était donné contre les tiers, au moins à l'époque du droit honoraire (6).

(1) On n'a pas de renseignements sur ce prêteur.

(2) GAIUS, c. IV, § 147.

(3) *Cours élémentaire de Droit romain*, t. 1, p. 535.

(4) MACHELARD : *des Interdits en Droit romain*, p. 108.

(5) Au Dig. prin. de *Salviano interdicto*, l. 43, t. 33.

(6) Les textes contraires à cette opinion et qui sembleraient déroger à ce principe, sont postérieurs. — MACHELARD, p. 118.

Cet interdit constitue, en attribuant ainsi la possession, le complément de la convention de pignus qui n'était pas élevée à la hauteur du contrat, puisque la remise des objets entre les mains du bailleur n'avait pas eu lieu. Il réalisait un progrès sensible dans la matière des sûretés réelles, il contient même le germe de l'hypothèque.

Mais il laissait encore à désirer, précisément à cause de sa nature. Ce n'est, en effet, qu'un interdit ; son caractère est d'être sommaire, c'est-à-dire que dans l'instance, il n'y aura que des faits simples à apprécier, il n'est qu'un moyen provisoire n'ayant trait qu'à l'obtention de la possession, il ne procure que cet avantage qui peut disparaître par l'effet d'une décision contraire sur le fond du droit ; il n'est, en un mot, qu'une voie possessoire et non pétitoire. De plus, il ne protège pas le créancier d'une façon assez efficace, car il ne lui est pas accordé d'une façon absolue contre les tiers, c'est-à-dire qu'il peut être paralysé par l'exercice d'un autre interdit, dans le cas, par exemple, où un tiers a une possession supérieure à celle que le *locator* peut invoquer du chef du *colonus*. Ensuite, il participe aux chances pénales de la procédure *per sponsionem*. Enfin, il ne pouvait plus servir si le bailleur, après en avoir usé pour obtenir la possession, venait à la perdre dans la suite.

Il appelait la création d'une action. Ce fut l'action *servienne*.

V^e §. — ACTION SERVIENNE.

Un préteur, nommé Servius (1), remédiant à l'insuffisance de l'interdit Salvien, et dans l'hypothèse prévue par

(1) Ce préteur est antérieur probablement à Servius Sulpicius, l'ami de Cicéron, qui n'était point chargé comme préteur de l'administration générale de la justice, mais spécialement de la *quæstio speculatus*.

Toutefois RUDORFF, (*Edict. perpet.* p. 234, note 1), fait observer que Servius Sulpicius fut pendant deux ans chargé par César de l'administration de l'Asie, et qu'il put s'y familiariser avec la pratique de l'hypothèque grecque.

cet interdit, donne au bailleur une action *in rem* (1) pour revendiquer contre tout détenteur les *invecta* et *illata* du colon qui sont affectés au paiement du fermage, comme l'aurait fait un créancier fiduciaire. Il en résultait que dans ce cas particulier, les parties pouvaient, par une simple convention (*pacto*) et sans tradition, constituer un gage au profit du bailleur sur les effets du fermier. Et ce gage conventionnel était sanctionné par une *in rem actio* (2).

Voilà le véritable principe de l'hypothèque, contenu en germe dans l'interdit Salvien. Une convention de gage intervient, et par l'effet de l'action nouvellement créée, c'est la chose elle-même qui est obligée au paiement des fermages ; c'est sur les *illata* et *invecta* du colon que le bailleur aura un droit immédiat, c'est une *obligatio rei*, il y a un rapport direct entre le *dominus* et la chose affectée. C'est bien là le caractère du droit réel.

Il est vrai que le droit ainsi créé par la puissance du prêteur et sous l'influence des nécessités qui l'ont fait sortir de la *fiducia* et du *pignus*, est un droit réel spécial, qui ne donne pas la faculté de faire actuellement et incessamment acte de puissance sur une chose comme le droit de propriété et de servitude, mais qui confère au *dominus* le pouvoir de mettre la main sur les *invecta* et *illata*, s'il n'est pas payé à l'échéance. Par l'action servienne, le bailleur se fera mettre en possession des objets, et, cela fait, il agira comme un créancier gagiste.

Tel est l'effet produit par cette action. Pour cela, le demandeur devra prouver — ce qui n'était pas obligatoire dans l'interdit Salvien — qu'au moment de la convention de gage, les objets appartenaient au fermier, étaient *in bonis* ; — car son droit réel, il ne le tient que *ex persona debitoris*, et il ne peut avoir plus de droit que son débi-

(1) Une autre *Serviana actio*, tout à fait différente, se rencontre dans Gaius, *Instit.* IV, § 35. Elle repose sur une fiction d'hérédité ; elle est donnée au *bonorum emptor*, pour faire valoir ses droits.

(2) Voir BONJEAN, *des Actions*, page 173.

teur, mais les droits de son débiteur, il les exerce dans le sens le plus étendu (1).

Voici la formule de cette action telle qu'elle a été reconstituée par Rudorff (2) : *Judex esto. Si paret hominem, quo de agitur, esse ex his rebus de quibus inter Aulum Agerium et Lucium Titium, cujus in bonis is homo tum fuit, convenit, ut quæ in fundum, de quo agitur, invecta, illata, importata, ibi nata factave essent, ea Aulo Agerio pro mercede ejus fundi pignori hypothecæ essent, neque eam mercedem Aulo Agerio solutam eove nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo Numerius Negidius eum hominem restituat aut eam pecuniam solvat, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerum Negidium Aulo Agerio condemna ; si non paret, absolvito.*

Cette formule n'a pas été conçue d'un seul jet, elle devait même se mouler à l'origine sur celle de l'interdit Salvien ; et c'est peu à peu qu'elle a dû recevoir ses compléments et devenir telle que nous présente Rudorff.

L'action servienne est donc ainsi *in factum concepta* (3), le dominus invoque le fait d'une convention de gage, — prétorienne, *in rem*, arbitraire (4). Tous ces caractères, nous les retrouverons dans l'action quasi-servienne. Et pour en arriver à la formule de cette dernière, le prêteur n'eut à opérer dans la formule citée, qu'un simple changement, en retranchant dans la servienne la mention que l'objet hypothéqué est un *invectum* ou *illatum* et en rem-

(1) L. 52, Dig. de acq. rer. dom., l. 44, t. 4. — L. 49, de verb. sign., l. 50, t. 16.

(2) *Edict. perpet.* p. 233.

(3) Il n'est pas impossible, comme l'a soutenu Bachofen, *Pfandrecht* 38, pareillement Puchta, *Inst.* § 251, qu'à l'origine, elle eût été une action fictive, avec la fiction de la mancipation fiduciaire, mais nous n'en trouvons pas de trace dans les textes. C'est, je le répète, une pure hypothèse, et il n'est pas besoin d'admettre la nécessité d'une fiction pour nous surtout qui avons soutenu le caractère de réalité déjà attribué à l'interdit Salvien.

(4) L. 23, de prob. 22, 3 et L. 44, § 1. de pign. 20, 4. — Ces textes s'appliquent, il est vrai, à l'action quasi-servienne, mais sa formule a été calquée sur l'action servienne.

plaçant *pro mercede fundi* par *propter pecuniam creditam*.

Cette action était avantageuse ; elle donnait une garantie réelle aussi solide que celle de la mancipation avec fiducia, et ce, sans priver le propriétaire de sa propriété ni de sa possession. On ressentait les effets des heureux résultats produits. Son utilité apparaissait non-seulement dans les rapports du maître d'un *prædium rusticum* avec son fermier ou colon pour les objets apportés dans la ferme, mais encore dans les rapports de créancier à débiteur pour tous les objets affectés à la garantie de la créance. Aussi le principe de l'action servienne fut-il étendu par analogie à d'autres hypothèses, et finit-il par devenir général dès le VI^e siècle de Rome. On accorda à tout créancier qui stipulait une convention de gage, une action *in rem*, une sorte de revendication au moyen de laquelle, à l'échéance, à défaut de paiement, il se ferait mettre en possession. On s'habitua à désigner cette convention génératrice d'un droit nouveau, par le mot grec *hypotheca*, et l'action dans cette dernière extension devint l'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire*.

La Fiducie perd alors de son importance, mais néanmoins subsiste encore longtemps, puisqu'elle ne disparaît complètement que vers le V^{me} siècle de notre ère. Le *Pignus* est toujours employé ; il subit même l'influence du droit nouvellement créé : on y joint, en effet, un droit réel d'hypothèque, avec une action réelle, la *quasi-servienne*, dont le domaine s'élargit. La raison, c'est que tout gage implique convention d'hypothèque avec remise en plus de la possession. — D'autre part, le gage à l'inverse réagit sur l'hypothèque : le débiteur n'avait pas d'action contre le créancier hypothécaire pour lui réclamer une indemnité à raison de ses actes de négligence ou pour obtenir restitution de l'excédent du prix de vente sur la créance, on lui donne à cet effet l'action *pignoratitia directa* (1). C'est

(1) L. 34, § 2, Dig. de *damn. inf.*, l. 20, t. 9.

pourquoi Marcien a pu dire : *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Néanmoins, l'un et l'autre avaient un domaine distinct, l'hypothèque s'employait de préférence pour les immeubles et le pignus pour les meubles ; mais cela n'avait rien de juridique, l'hypothèque pouvait bien porter sur des meubles comme le gage sur des immeubles (1).

VI^e §. — INFLUENCES EXTERNES SUR LA CRÉATION ET LA GÉNÉRALISATION DE L'HYPOTHÈQUE.

Il resterait maintenant à examiner une question très intéressante, savoir : quelle a été la part des influences étrangères dans l'élaboration du droit nouveau, du droit hypothécaire. Cette question à elle seule mériterait l'objet d'une étude spéciale, mais il sortirait du cadre de cette thèse d'en faire un examen approfondi, et n'en donnerai-je ici que la conclusion.

L'hypothèque est-elle une transplatation d'origine grecque, ainsi que le porterait à croire son nom *ὑποθήκη*, de *ὑποτιθημι*, et le langage de Cicéron (2) ? ou bien, n'ayant du grec que le nom, est-elle véritablement une création du génie romain (3) ? Ainsi posée, la question ne semble guère douteuse. L'hypothèque est une création romaine ; elle est bien née sur le sol romain, et nous avons vu par quels progrès successifs dans la matière des sûretés réelles, la jurisprudence romaine en était venue à la créer. La notion de l'hypothèque est, en effet, très ancienne à Rome, soit dans le droit public, le *jus prædicatorium*, soit dans le droit privé ; mais, à l'origine, lorsque le pignus et la fiducie suffisaient, on n'éprouvait pas le besoin de cette garantie réelle.

Une évolution semblable, mais moins caractéristique,

(1) PAUL, *Sent.* 11, 13, § 2.

(2) *Epistol. ad Attic.* XIII, 56.

(3) LABBÉ, appendice sur Ortolan, *Explication des Instituts*, p. 832.

s'était, il est vrai, produite dans le même sens en Grèce. A Athènes, les marchands avaient l'habitude d'affecter les objets qui composaient la cargaison d'un navire à la garantie de leurs créanciers, et souvent aussi les autres biens qui leur appartenaient; de ce fait naissait un droit de gage au profit du créancier, droit désigné sous le nom d'*hypothèque*.

Ce droit est encore peu connu. Nous savons cependant que la constitution de l'hypothèque était entourée d'une grande publicité, au moins lorsqu'il s'agissait d'affecter des immeubles, que l'on mettait une colonne, *στῆλη*, indiquant le nom du créancier et le montant de la dette; mais ce n'était point une condition de validité et le créancier ne paraît pas avoir eu une action réelle contre les tiers-détenteurs.

Une loi éphésienne, du 1^{er} siècle avant notre ère, nous a donné de nouveaux détails (1). Il semblerait, dit M. Dareste, que le gage immobilier s'introduisit d'abord sous la forme de vente avec pacte de rachat, et que pour remédier aux inconvénients de cette vente, on convint qu'à l'échéance de la dette, le créancier deviendrait propriétaire des objets à lui affectés, s'il n'était pas payé. Mais les Grecs ne sont pas arrivés, comme le firent plus tard les Romains, à faire du droit hypothécaire un droit de préférence sur le prix; ce qui le prouverait, c'est que la loi éphésienne dit qu'un partage fut fait en nature entre les créanciers et les débiteurs, pour soulager ces derniers ruinés par la guerre, dans la proportion de leurs droits évalués en argent. « C'est aux Romains, dit-il, que revient » l'honneur d'avoir complété ce système, d'avoir réduit » l'hypothèque qui avait été d'abord un droit de propriété » conditionnel et à terme (2), à un simple droit réel sur les » choses affectées au paiement d'une obligation. »

(1) Cette loi a été découverte en 1877 par M. Wood, architecte anglais, et étudiée par M. Dareste; voir *Nouvelle Revue historique* de 1877, p. 161.

(2) M. Dareste entend parler de l'aliénation fiduciaire, qui avait des analogies avec la vente avec pacte de rachat.

Faut-il en conclure que les pratiques du droit grec n'eurent aucune influence sur la formation du droit romain, de l'hypothèque spécialement ? Je ne le crois pas.

Il est une page frappante de Jhering (1), que je ne puis m'empêcher de transcrire :

« La vie des peuples, dit-il, n'est pas une co-existence » d'être isolés, comme celle des individus dans l'Etat ; elle » constitue une communauté ; elle se traduit en un système » de contingence et d'action réciproque, pacifique et belliqueuse, d'abandon et d'appréhension, d'emprunt et de » prêt ; en un mot, elle constitue un gigantesque échange » embrassant toutes les faces de l'existence humaine.

» La vie du monde physique est aussi celle du monde » intellectuel, la vie se compose de l'admission des choses » du dehors et de leur appropriation intime, réception et » assimilation sont les deux fonctions fondamentales dont » la présence et l'équilibre sont les conditions d'existence » et de vitalité de tout organisme vivant »

« La prospérité d'un peuple se compose d'une succession » non interrompue d'éléments étrangers. Sa langue, ses » arts, ses mœurs, sa civilisation toute entière, en un mot » son individualité ou sa nationalité est, comme l'organisme physique et intellectuel de l'individu, le produit » d'innombrables actions exercées par le monde extérieur, » ou d'emprunts faits à celui-ci. Qui pourrait, en présence » de ce gigantesque échange entre les peuples, dresser » même à peu près le bilan de leurs exportations et de » leurs importations ? Qui pourrait énumérer un à un les » mille mouvements, analyser une à une les mille influences » qu'un peuple exerce sur un autre ? Le vaisseau qui » apporte des marchandises, ramène des dieux, le marchand qui emporte de l'or, laisse derrière lui avec ses » produits fabriqués, un modèle à suivre et le germe de » son industrie. La langue, les mœurs, la religion, les

(1) *Esprit du Droit romain*, t. 4, p. 6. — Traduction de M. de Meulenaère.

» mots, les idées, les préjugés, la foi, les superstitions, » l'industrie, l'art, la science, tout obéit à la loi de communication et d'action internationale. »

C'est en s'inspirant de ces lignes qu'il faut, je crois, apprécier les influences extérieures qui ont agi sur le développement du droit hypothécaire.

Certes l'hypothèque est bien l'œuvre du prêteur romain, certes son organisation, sa notion même sont bien romaines ; mais précisément parce qu'elle est une création du prêteur, parce qu'elle dérive d'une sanction donnée par lui à des faits émanés de la pratique des affaires, parce que son utilité se fait sentir sous l'empire de besoins nouveaux tenant au développement économique et social de la Rome antique transformée par son contact avec les civilisations étrangères, avec Carthage d'abord, avec la Grèce ensuite, avec l'Asie enfin, elle dut subir l'effet de cette *action internationale*.

Cette influence, il est difficile de la déterminer. Cependant elle se fit sentir sur la création et la généralisation surtout de l'hypothèque.

Quelle part, en effet, ne prit pas l'importance toujours croissante du prêteur pérégrin, du prêteur des étrangers, des Grecs surtout, dans le développement du droit, et par là l'introduction du droit des gens dans les rapports du vieux droit civil, pour l'interpréter d'une façon plus large, plus conforme à la transformation de la société romaine et de ses besoins ! Une entorse à la loi des XII Tables paraissait moins criminelle au prêteur, qui journellement voyait l'utilité de telle ou telle pratique suivie par les étrangers, imitée même des citoyens. Il lui était alors plus facile d'accorder une action analogue à la *rei vindicatio*, même lorsqu'il n'y avait pas eu de mancipation avec fiducie, même lorsque le pignus n'était pas consommé.

La plus large part dans cette influence appartient aux peuples grecs ; la Grèce s'imposait par sa civilisation plus avancée, sa littérature plus parfaite ; déjà un grand nombre de jurisconsultes étaient grecs ou d'origine grecque,

élevés dans la langue et la philosophie grecques, et Caton l'ancien, ce type du pur romain, peu accessible cependant aux idées de progrès, se met lui-même à apprendre le grec sur la fin de ses jours. Sans aller jusqu'à dire que la plus grande partie du droit attique a passé dans l'édit du préteur, il n'est pas téméraire de penser que la dérogation faite à la règle célèbre posée par les jurisconsultes romains, *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*, ne s'est produite que sous l'empire du droit des gens, du droit grec, où la simple convention suffisait pour transférer la propriété. Dans l'hypothèque, en effet, le préteur, dérogeant au principe le plus solidement établi du droit romain, en arrive à conférer un droit réel, un droit de propriété, par le simple consentement, et cela ne soulève aucune protestation et semble naturel aux yeux des jurisprudents ! C'est une preuve de l'invasion des idées moins formalistes des Grecs.

D'un autre côté, si l'hypothèque se généralise si facilement, c'est grâce au progrès des idées de crédit plus avancé chez les Grecs, commerçants par tempérament. De même, c'est dans les pays où domine l'élément grec, et sur le sol provincial, qu'elle s'épanouit avec le plus de rapidité ; et lorsque Cicéron en parle pour la première fois, c'est pour une province grecque, l'Asie Mineure (1) : « Philotes *Alabandensis* ὑποθήκας Cluvio dedit ; hæ com- » missæ sunt ; velim cures ut aut de hypothecis decedat » easque procuratoribus, Cluvii tradat, aut pecuniam » solvat. »

Mais le préteur, même dans ses emprunts, sait toujours donner au droit qu'il crée la forme, le cachet, la physionomie propre au droit romain ; et c'est ainsi qu'il a fait sortir un droit nouveau d'un cas tout spécial, d'une formule d'action qu'il a généralisée. Aussi la création du droit hypothécaire consiste-t-elle dans l'élaboration de l'action quasi-servienne.

(1) CICÉRON, *Epist. ad Attic.* XIII, 56.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE

CHAPITRE I^{er}

FORMULE. — CARACTÈRES. — EXTENSIONS.

L'action nouvelle, greffée sur l'action servienne dont elle ne fut que l'extension, eut une terminologie variée. Justinien la distingue nettement dans ses Institutes (1) de l'action servienne, à laquelle il garde son sens primitif et restreint, *qua quis experitur de rebus coloni quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*; il l'appelle *quasi-serviana* ou *hypothecaria*. Mais les jurisconsultes classiques lui donnaient le plus souvent le nom de *serviana* tout court, lequel ne se rencontre plus que rarement avec le sens ci-dessus correspondant au premier cas où fut sanctionnée la convention d'hypothèque. Une autre dénomination commune chez les jurisconsultes classiques, est celle de *pignoratitia in rem*, ou même *pignoratitia* tout court, et cela non-seulement dans le cas de gage, mais encore dans celui de l'hypothèque (2); cette dernière expression présente un danger, elle porterait à confondre l'action hypothécaire avec l'action personnelle du gage.

(1) Liv. IV, tit. VI, *de act.*, § 7.

(2) L. 7, § 12. — Dig. commun. divid. 1. X, t. 3. — L. 9, prin. *quib. mod. pign. solv.* XX, 6. — L. 11, § 10 et l. 30, § 1, *de except. rei judi.* XLIV, 2. — Dans la loi 3, § 3, *ad exhibend.* 10, IV, « qui in rem acturus est, qualicumque, in rem actione; etiam pignoratitia (,) Serviana, sive hypothecaria, quæ creditoribus competunt. » L'expression *pignoratitia* paraît employée pour désigner le genre, les expressions *serviana* et *hypothecaria*, pour désigner les deux espèces.

Dans la loi 1, au Code (*de precar.* et *Salvi.* liv. VIII t. 7), elle est décrite ainsi : « *Quæ ad ejus (scilicet Serviana) actionis) instituitur utilis* », et dans la loi 1, au Code (*Comm. de legat.* livre VI, t. 43,) elle est appelée par Justinien *Utilis serviana* ; mais c'est alors comme synonyme de quasi-servienne, ou pour indiquer une extension à des cas qui ne réunissaient pas toutes les conditions constitutives de l'hypothèque.

Ces diverses appellations s'expliquent par ce fait qu'aucune formule ne fut plus étendue en droit romain que celle de l'action hypothécaire, et son nom se ressentit de ses différentes applications.

Dans un sens plus général qui exprime surtout son caractère d'action réelle, d'action pétitoire, elle est encore appelée *in rem actio*, *vindicatio*, *petitio*, *persecutio pignoris* (1).

Cette qualité de l'action servienne est spécialement mise en relief dans la formule construite par Rudorff (2) : *Judex esto. Si paret eam rem de qua agitur ab eo cujus in bonis tum fuit Aulo Agerio pignori hypothecæ obligatam esse propter pecuniam certam creditam, eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo Numerus Negidius aut rem Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerum Negidium Aulo Agerio condemna ; si non paret absolve.* Le nom du défendeur ne se trouve pas dans l'*intentio* ; le demandeur affirme son droit envers et contre tous.

C'est donc une action *in rem*. Cependant, à prendre à la lettre la définition que Gaius a donnée des actions réelles « *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus* » *nostram esse, aut jus aliquod nobis competere velut* » *utendi, fruendi, eundi, agendi, etc...* » (Inst. IV. § 3.)

(1) L. 27, § 2, *de minor.* Dig., l. IV, t. 4. — L. 73, *Ad senat. cons. Trebell.* XXXVI, 1. — L. 17, *de pign. et hy.* XX, 1.

(2) *Edict. perpet.*, p. 234.

les actions conçues *in factum*, comme la quasi-servienne, seraient considérées comme en dehors des divisions du droit civil et ne rentreraient ni dans les actions *in rem*, ni dans les actions *in personam*, puisqu'il n'est pas question dans la formule de droit ni réel, ni d'obligation. Mais au fond, comme elles sont déduites de pareils droits reconnus par le prêteur, les jurisconsultes romains les qualifient d'actions *in rem*, ou d'actions *in personam*, uniquement d'après la nature du droit qu'elles tendent à faire valoir, et c'est ainsi que l'action quasi-servienne, relative aux droits réels de gage ou d'hypothèque, est qualifiée d'action *in rem*. Rien de plus net à ce sujet que le texte d'Ulpien : *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (1).

Elle est aussi *in factum concepta*; ce caractère ressort également de la formule. L'*intentio* n'y pose aucune question de droit civil; le demandeur ne dit pas : *Aio mihi jus esse*; mais il invoque un fait, une convention de gage ou d'hypothèque; la question posée au juge est de savoir s'il y a eu cette convention de gage ou d'hypothèque. Et Marcien, dans son traité *Ad formulam hypothecarium* (2), lui donne la qualification d'action *in factum*.

Enfin, c'est une action arbitraire, comme toutes les actions *in rem* (3). Ce caractère ressort des mots *nisi restituat* intercalés dans la *condemnatio* (4). Le juge ordonnait au défendeur de restituer la chose soumise au gage ou à l'hypothèque, ou de satisfaire le demandeur; s'il obéissait, il était absous; s'il n'obéissait pas, il était condamné pécuniairement. Il est probable que dans le principe le *jussus* du juge n'était obligatoire que d'une

(1) L. 17, Dig. de pign., l. XX, t. 1, puis L. 18, au Cod. de pign. et hy., l. VIII, t. 14.

(2) Digeste, frag. 41, § 1, l. XX, t. 1, de pign.

(3) Inst. IV de act., t. VI, § 34.

(4) Il est confirmé par un texte précis de Marcien : In vindicatione pignoris queritur an rem, de qua actum est, possideat is eum quo actum est.... si possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est. L. 16, § 3, de pign., l. XX, t. 1.

manière indirecte, c'est-à-dire par la crainte de la condamnation ; mais plus tard, il put être exécuté de force, même contre le gré du défendeur (1).

Elle est encore une action prétorienne ; tout notre historique le démontre, elle n'existait pas dans le droit civil, c'est le préteur qui l'a créée.

La formule indiquée met donc bien en relief les principaux caractères de l'action hypothécaire ; de plus, elle fait aussi ressortir l'assimilation du gage et de l'hypothèque en ce qui concerne l'action réelle *pignori hypothecæve*. M. Jourdan (2) préférerait ne pas y voir l'expression *hypothecæve*, car certainement, dit-il, le mot *hypotheca* ne se trouvait pas dans la première formule d'action quasi-servienne, qui fut rédigée à Rome au moins deux siècles avant l'ère chrétienne, le *pignus nomine obligatum* eût suffi (3). Cette critique est vraie pour la formule originale de l'action quasi-serviana ; mais n'oublions pas qu'il fallait donner une formule complète ; celle de Rudorff constate seulement une extension de l'action au gage envisagé comme contrat ; elle constate donc le double objet de l'action, le gage et l'hypothèque. C'est qu'en effet, à l'heure actuelle, la simple convention de gage s'était généralisée à Rome et n'avait pas tardé à prendre la dénomination spéciale d'*hypotheca* ; et que, de plus, l'action hypothécaires'était ensuite étendue par analogie à tous les cas de contrat de gage en dehors de l'action personnelle du gage lui-même, et telle est la signification qu'a voulu donner Rudorff aux mots *pignori hypothecæve*.

D'ailleurs, il eût été moins utile de reconstituer la formule originaire de l'action quasi-servienne (4), parce

(1) Nous traiterons cette question lorsque nous étudierons les effets de l'action hypothécaire.

(2) *De l'Hypothèque*, p. 128.

(3) Les mots *pignoris nomine* ne devaient s'entendre que dans le sens de convention de gage et non de contrat de gage.

(4) On sait quelle avait sa formule à elle ; ainsi Gaius et Marcien ont écrit un traité sur la formule hypothécaire, *ad formulam hypothecariam*, dont on retrouve les fragments en Digeste.

qu'elle a toujours été l'objet de nombreuses extensions.

Prenons-en quelques exemples.

La formule disait si *paret eam rem de qua agitur*. Le mot *res* désigne une chose corporelle ; mais en modifiant la formule, on va étendre l'hypothèque aux choses incorporelles ; il suffit de remplacer la mention *rem de qua agitur* par la mention de la servitude, de l'emphytéose, de la superficie ou du gage, il n'y a qu'à mettre *eum usufructum, eum fundum vectigalem* ou *superficiarium, id pignus ab eo cujus in bonis tum fuit, pignoris jure Aulo Agerio obligatum esse*. . . . Et la formule de l'action se pliera à toutes ces exigences, à toutes ces conventions analogues auxquelles le prêteur voudra faire produire un effet utile. L'action dans sa nouvelle forme sera une action hypothécaire utile, conçue et rédigée d'après le modèle de l'action quasi-servienne (1). Cependant il est une extension qu'il est difficile d'expliquer ainsi, c'est l'hypothèque des créances, le *pignus nominis*. Ce n'est pas l'action hypothécaire ordinaire que le créancier cessionnaire peut invoquer contre le débiteur, c'est une action personnelle utile, l'action qui est donnée au cessionnaire d'une créance ; car il y a au fond de cette hypothèque, *pignus nominis*, sinon une cession, du moins la faculté d'exercer les droits du constituant dans la mesure qui est nécessaire pour assurer ceux du créancier hypothécaire, et ce dernier poursuivra *quasi ex jure cesso* (2).

Voici encore une autre extension du mot *rem* employé dans la formule. Ce mot désigne la chose qui a été l'objet de la convention. Eh bien ! lorsque cette chose même aura changé de nature, lorsque, par exemple, la maison hypo-

(1) Ce point est discuté. Un autre système voudrait donner au créancier comme *utiles* les actions attachées au droit soumis à l'hypothèque, approprié à ces diverses hypothèses, les formules des actions confessoire, vectigale, pignoratitia, etc. . . . Voir MAYNZ. *Cours de Droit romain*, t. 1, § 252 in fine.

(2) MAYNZ, *loc. cit.*, § 252 in fine. — LABBÉ, Appendice aux *Dissertationes* de MACHÉLARD, § 1, page 203 et suivantes.

théquée aura été détruite, l'hypothèque persistera sur le sol transformé en jardin (1).

Continuons, la formule porte ces mots : *Ab eo cujus in bonis fuit*. L'hypothèque ne s'étend à l'origine que sur les biens qui se trouvent *in bonis* du débiteur au moment de la convention. Mais dans cette convention intervient souvent une clause par laquelle le débiteur déclare affecter d'une manière générale tous ses biens présents et à venir, *omnia quæ habet, habiturusque est* (2). Cette clause *omnium bonorum* une fois admise, devient même de style, si bien que l'hypothèque générale est la règle à Rome, l'hypothèque spéciale l'exception. Pour la valider, le prêteur interprète la formule dans le sens le plus large ; il considère que le débiteur a voulu par cette clause soustraire le créancier à l'obligation que lui imposait la formule de prouver que la chose hypothéquée était *in bonis* du débiteur au moment de la convention (3), et alors il suffira au créancier d'établir que la chose est entrée dans le patrimoine du débiteur à un moment quelconque depuis la convention, *rem in bonis inductam*. Par une extension ainsi donnée aux termes de la formule, on aura sanctionné l'hypothèque des biens à venir.

De même les mots : *si paret eam rem. ab eo... obligatam esse*, supposaient toujours une convention comme source de l'hypothèque ; mais les limites de la convention étaient trop étroites. On arrivera à autoriser la constitution d'une hypothèque sans convention, par un acte de dernière volonté, pour assurer l'exécution d'un legs (4) ; ou bien, on dotera de l'action quasi-servienne des conventions *in quibus pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, conventions où par cela seul que les parties n'ont pas dit qu'il n'y aurait pas d'hypothèque, cette hypothèque existe en vertu

(1) L. 29, § 2, Dig. de pign. l. XX, tit. 1.

(2) PAUL, Sent. V, 6, § 16. — L. 13, Dig. pri. de pign. XX, 1. « *Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecæ dari possunt.* »

(3) L. 13, citée ci-dessus.

L. 26, de pign. XIII, 7.

de leur volonté sous-entendue, *quasi id tacite convenerit* (1). Ensuite le législateur pourra accorder une hypothèque à certaines créances ou à certains créanciers qui lui paraîtront la mériter ; et dans cette voie il a même été jusqu'à l'abus. — Enfin, l'hypothèque s'établira aussi par l'autorité judiciaire. Elle résultera d'une *missio in possessionem* des biens du débiteur, ce sera le *pignus prætorium* (2) ou de la saisie, c'est-à-dire de la mise sous main de justice des mêmes biens, ce sera le *pignus in causa judicati captum*.

En dernier lieu ces mots de la formule : *propter pecuniam certam creditam*, indiquaient que l'hypothèque devait être constituée pour garantir une somme d'argent. Mais là encore la formule subit une extension, et l'on pourra constituer une hypothèque toutes les fois qu'il s'agira de garantir l'exécution d'une obligation, *pro quacumque obligatione*.

On voit combien cette formule si souple de l'action quasi-servienne dut subir de modifications pour se plier aux exigences du droit nouveau qui s'établissait. Et c'est même en s'en emparant, en la modifiant, en l'étirant ainsi en tous sens, que les jurisconsultes romains ont édifié la théorie de l'hypothèque.

(1.) L. 4, pr. in quib. caus. l. XX, t. 2.

(2) Cependant il est douteux qu'avant Justinien, le créancier ainsi envoyé en possession, eût l'action réelle hypothécaire pour faire valoir son droit ; il n'avait qu'une action personnelle *in factum ex delicto* (L. 1, l. 3, pr. *ne vis fiat ei qui in poss.* l. XLIII, t. 4). — Justinien la lui accorde en disant que le *pignus prætorium* une fois constitué, entraînerait une véritable hypothèque. (L. 2, au Code de prætoria pign. l. VIII, t. 22).

CHAPITRE II

OBJET.

Introduite pour rendre efficace l'hypothèque, et par là constituer une sûreté, une garantie qui ne pourra être annihilée par le fait du propriétaire, l'action quasi-servienne permet au créancier gagiste ou hypothécaire de se faire mettre, à l'encontre de tout détenteur, en possession de la chose obligée à la sûreté de sa créance. Elle est la sanction du droit de suite attaché à l'hypothèque; elle procure après coup et en temps opportun au créancier hypothécaire, une situation identique à celle que possède le créancier gagiste dès l'origine du contrat, lorsque la remise de la chose lui a été effectuée et qu'il la détient en sa possession. Sa création a même, nous le savons, réagi sur la condition du créancier gagiste et l'a améliorée. En effet, ce dernier avait bien, en vertu du contrat réel de gage, la possession de la chose; mais venait-il à la perdre par la suite, il n'avait pour la recouvrer que les interdits possessoires. Or, comme dans le contrat de gage il y a tout au moins convention d'hypothèque, il était juste d'accorder au créancier gagiste l'action réelle hypothécaire; elle lui sera d'un utile secours au cas où il aura perdu la possession du gage, pour la recouvrer (1). Elle a donc un double objet, celui de faire valoir les droits de gage et d'hypothèque.

Mais quels sont les droits du créancier hypothécaire? N'a-t-il que le *jus possidendi*? Là il est bon de jeter un regard en arrière, de revenir sur ce que nous avons dit dans le *Pignus* au sujet de la *lex commissoria* et du *jus distrahendi* ou *vendendi*.

(1) L. 13, § 3, Dig. de pign. l. XX, t. 1. — Inst. l. IV. t. IV, de act. § 7.

Uneliquidation des droits du créancier et des droits du débiteur était nécessaire. Par la *lex commissoria*, on n'y arrivait qu'imparfaitement ; les intérêts du débiteur pouvaient être gravement compromis. En effet, le créancier devenait propriétaire de la chose engagée, s'il ne recevait pas le paiement à l'échéance, et la chose pouvait être de beaucoup supérieure à la dette. Cette convention fut jointe à l'hypothèque comme elle l'avait été au *pignus*. Mais Constantin la défendit (1) ; il ne paraît pas, il est vrai, avoir interdit la clause par laquelle à défaut de paiement, le créancier garderait le gage mais pour un juste prix qui serait alors déterminé (2).

Restait le *jus distrahendi*. Il fut de très bonne heure joint à l'hypothèque et s'y amalgama. L'hypothèque n'est d'abord qu'un droit réel permettant au créancier de se faire mettre, au moyen d'une action *in rem*, en possession de la chose hypothéquée. Mais à ce droit les parties peuvent joindre le pouvoir pour le créancier de vendre, d'aliéner et de se payer sur le prix ; il arrive qu'en fait elles le font toujours ; et même, si elles ne le font pas, on sous-entend ce droit ; il devient une conséquence du gage et de l'hypothèque basée sur la nature de ces droits et sur l'intention présumée des parties (3). Cependant je crois qu'à l'époque classique, il ne forme pas encore un des attributs essentiels du gage et de l'hypothèque ; le débiteur peut le refuser au créancier (4).

A l'époque du Bas-Empire et du temps de Justinien, il est au contraire un attribut essentiel de ces deux droits. Cela résulterait d'une addition faite par les compilateurs de Justinien au fragment d'Ulpien (L. 4 de *pignor. act.* cité ci-dessus), les mots : *Nisi ter...* auraient été ajoutés

(1) L. un. Th. C. de *commis. rescind.* III, 2 et L. 3, Cod. de *part. pign.* VIII, 35.

(2) L. 16, § 9. Dig., l. 20, t. 1. — Inst. 3, t. 23, § 1.

(3) GAUS, II, § 64. — L. 73. Dig. de *furtis*, 47, 2.

(4) L. 12, § 10, Dig. *qui pot. in pign.* 20, 4. — L. 3, Dig. *quæ res pign.* 20, 3. — L. 4, Dig. de *pignor. act.* 13, 7.

au texte d'Ulpien lors de la rédaction du Digeste ; la texture de la phrase porterait à le croire. Mais par là, il est vrai, Justinien n'a fait que consacrer une coutume qui existait déjà depuis longtemps dans la pratique antérieure, celle de considérer la clause prohibant la vente comme imposant seulement au créancier quelques formalités de plus pour opérer cette vente. Dans le dernier état du droit, l'hypothèque s'était donc transformée ; elle pouvait se définir un droit réel qui autorisait un créancier à se faire mettre en possession, à vendre, aliéner et se payer sur le prix. Elle tendait non pas exclusivement à l'attribution de la possession, mais surtout à conférer un droit de préférence sur le prix. Le droit de vente était devenu, on peut le dire, la substance même du droit hypothécaire ; la possession n'était plus qu'un fait secondaire. Le *jus distrahendi*, accordé au créancier, avait alors absorbé le *jus possidendi*, il se trouvait le point capital dans l'hypothèque.

De ces deux droits, en effet, le second est le principal ; car, quelle serait l'utilité de sa garantie pour le créancier, s'il n'avait d'autre ressource que de garder indéfiniment la chose engagée à titre de simple possesseur ; s'il ne pouvait convertir son gage en argent, réaliser sa créance, si, en dernière analyse, la situation du débiteur, tout aussi bien que celle du créancier, ne devait pas se dénouer par une liquidation, une vente des choses ou des droits engagés. Il peut même se faire que par le *jus distrahendi* seul on arrive à cette solution ; le créancier, en effet, pourra vendre la chose et en toucher le prix sans l'avoir possédée un instant.

Revenons maintenant à l'objet de l'action hypothécaire ; et demandons-nous s'il était corrélatif à l'objet de l'hypothèque, si le jeu de cette action était en rapport avec la vérité des faits, avec la notion de l'hypothèque dans le dernier état du droit ? — Non. Comment, en effet, le demandeur doit-il formuler sa demande ? Peut-il demander indifféremment le paiement de la somme due, ou le

délaissement de la chose ? Doit-il demander l'exercice du *jus distrahendi* ? Non. Qu'il exerce lui-même l'action hypothécaire, ou qu'ayant vendu il ait cédé son action à l'acheteur, ce sera toujours la possession qui sera réclmée du tiers détenteur en vertu du droit hypothécaire, et cela même lorsque l'hypothèque s'est transformée, lorsqu'elle avait surtout pour but l'exercice du *jus distrahendi*, pour permettre au créancier de se payer par préférence sur le prix. (L. 13 — dig. de *distract. pign.* XX, 5) (1). Le créancier conclura toujours à la reconnaissance de son droit d'hypothèque, et comme conséquence, à la restitution de la chose. *En droit romain, l'action hypothécaire aura toujours pour objet le délaissement.*

L'*intentio* de la formule hypothécaire ne laisse aucun doute sur ce point ; ce qu'on y mentionne, c'est la dette, la cause de l'hypothèque et l'obligation de restituer la chose. Cela résulte encore des expressions employées par les jurisconsultes, *percequi rem, pignus, hypothecam*. Une autre preuve plus péremptoire encore, c'est que le tiers détenteur est délié de l'obligation de restituer la chose hypothéquée, quand cette dernière a péri par cas fortuit, et d'une manière générale lorsqu'il a perdu la possession sans dol de sa part. Alors il ne peut plus être inquiété par aucune autre poursuite de la part du créancier hypothécaire, tandis que le créancier pourrait lui réclamer le paiement si l'action avait pour objet alternatif, le paiement ou le délaissement (2).

Mais l'action hypothécaire, à la différence des autres

(1) Cela confirmerait encore, à mon avis, le système que j'ai adopté, et qui prétend que le droit de vente n'était pas de l'essence du gage, ni de l'hypothèque au temps des jurisconsultes classiques, et soutient l'interpolation du texte d'Ulpien (loi 4, livre XIII, tit. 7). Justinien a bien changé par l'addition de ces mots : *Nisi ter...* etc., la nature du droit hypothécaire, mais il n'a pas modifié en conséquence l'exercice de ce droit, chose qui eût été plus difficile. De cette façon, le développement de l'action, de l'exercice du droit, s'est trouvé en retard sur le développement, l'évolution du droit lui-même. L'action tend toujours, comme par le passé, à la possession, tandis que le droit tend au paiement.

(2) L. 16, § 3, Dig. de *pign.* XX, 1.

actions réelles, a ceci de particulier : le tiers détenteur peut se soustraire à l'obligation de restituer la chose, en payant la dette ; si donc le créancier ne peut le forcer à payer, lui a cependant la faculté d'acquitter le montant de la dette pour prévenir la demande ou la faire échouer : le paiement est *in solutione*, et non *in obligatione* ou *in petitione* (1). Il en serait autrement dans le cas où le créancier ayant vendu la chose conformément à son droit, aurait intérêt à l'avoir en sa possession pour la livrer à l'acquéreur. Le détenteur ne pourrait dans ce cas lui enlever la chose en le désintéressant.

Ce caractère spécial de l'action quasi-servienne est indiqué dans la formule par les mots *restituatur aut solvatur*. Mais il est probable qu'à l'origine, les mots *aut solvatur* ne s'y trouvaient pas, le but essentiel de l'hypothèque étant alors la possession, la restitution. Ce n'est que plus tard et sous l'influence de l'introduction du *jus distrahendi* dans le gage et l'hypothèque, qu'ils ont dû s'y trouver insérés. La loi 12 § 1 (l. XX, t. 6), de Paul : « *Qui pignoris jure rem* » *persequuntur, a persecutione rei eos removeri solent, si* » *qualiscunque possessor offere vellet,* » prouve que cette innovation vient de la coutume, *solent* ; on prend l'habitude d'écarter l'action si le possesseur paie la dette. D'ailleurs cela se comprend, puisque le but de l'hypothèque est le paiement. De quoi, en effet, le créancier peut-il se plaindre, s'il est désintéressé de sa créance ! On arrive, par ce moyen, et indirectement, à sanctionner non pas exclusivement le *jus possidendi*, mais en outre et surtout le *jus distrahendi*. L'objet de l'action n'est plus en rapport avec son but. En droit, elle tend au délaissement, et en fait, le paiement en est souvent la solution. Mais c'est conforme aux modifications introduites dans la nature et l'essence du droit hypothécaire ; et cela rachète le manque de concordance de ce droit dans sa dernière forme avec la procédure suivie pour le faire valoir.

(1) L. 12, § 1, *quib. mod.* XX, 6.

CHAPITRE III.

MODE D'EXERCICE DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE,

Nous diviserons ce chapitre en quatre paragraphes.

§ 1^{er}. — A qui est-elle donnée ?

§ 2^e. — Contre qui ?

§ 3^e. — A quel moment peut-elle être intentée ?

§ 4^e. — Quelles preuves doivent être fournies ?

§ 1. — A qui est-elle donnée ?

Nous supposons le cas le plus général, où l'hypothèque a été constituée sur des objets corporels susceptibles d'appréhension, de possession.

Elle sera donnée à tout créancier gagiste ou hypothécaire, qui ne possède pas, pour se faire mettre en possession de la chose grevée (1). En effet, de quelle utilité serait-elle au créancier déjà en possession, puisque, jouissant de la chose, il peut exercer son *jus vendendi*, la vendre, la livrer, en un mot réaliser sa créance. Et si on l'attaque dans sa possession, il lui sera facile de se défendre par les interdits *uti possidetis* et *utrubi* ; — il aura avantage à faire valoir son droit par voie d'exception plutôt que par voie d'action. Une remarque est à faire au sujet du créancier gagiste : le plus souvent, point ne sera besoin pour lui de recourir à l'action hypothécaire, puisque la chose lui aura été remise ; cependant, adviennne qu'il ait perdu la possession, c'est alors qu'en dehors des interdits possessoires dont l'exercice lui est accordé, il pourra la recouvrer en agissant au pétitoire au moyen de l'action quasi-servienne (2), — elle aura sur les interdits le grand avantage

(1) L. 13, § 3, *de pign.* loi XX, tit. 1. — L. 12, pr. *qui potiores*, XX, IV.

(2) L. 28, Dig. *de pignor. act.* XIII, 7.

d'être perpétuelle et imprescriptible (1), tandis que ces derniers sont temporaires et prescriptibles par un laps de temps très court.

A la formule générale, tout créancier ayant un droit de gage ou d'hypothèque valable et qui n'est point en possession peut exercer l'action hypothécaire, ne faut-il pas apporter une importante restriction ? Ne serait-il pas plus juridique d'exiger, chez le créancier, la priorité du rang, de dire, parmi tous les créanciers gagistes ou hypothécaires, il n'y aura que le premier *prior in tempore*, qui pourra l'intenter ; les créanciers postérieurs n'auront ce droit qu'à la condition de désintéresser le créancier antérieur en usant du *jus offerendæ pecuniæ* ? — On l'a prétendu, mais à tort croyons-nous, en disant le second créancier ne reçoit qu'une hypothèque conditionnelle, qui ne naîtra qu'au moment où le premier aura été désintéressé, si *prior dimissus fuerit*. Cette opinion est fondée sur les mots : *Tunc enim priore (creditore) dimisso sequentis confirmatur*, d'Ulpien (2). Une autre explication a été fournie de cette loi 9 par Huschke, Vangerow et développée par Jourdan (3). Elle se référerait au cas tout à fait exceptionnel où le débiteur a donné purement et simplement une hypothèque sur la chose d'autrui, cas où les créanciers n'ont pas un véritable droit d'hypothèque, mais une action hypothécaire *utile* que leur accorde le prêteur *æquitate rei motus*. Il n'y a donc pas de restriction à faire ; on peut dire que les créanciers même postérieurs ont le droit d'exercer l'action quasi-servienne, car ils ont dès à présent un droit hypothécaire en vertu duquel ils peuvent agir ; seulement ce droit se trouvera paralysé toutes les fois qu'ils se trouveront en présence d'un créancier antérieur ou de son ayant cause. Ils peuvent intenter l'action ; ils triompheront, mais contre tout autre qu'un créancier antérieur qui leur opposera l'exception :

(1) Du moins jusqu'à l'empereur Théodose.

(2) L. 9, § 3. Dig. *qui priores in pign.* XX, IV.

(3) De l'*Hypothèque*, p. 371.

Si non mihi ante pignoris hypothecæ nomine sit res obligata. Le texte clair et précis de Marcien ne permet pas d'en douter (loi 12 pr. *qui priores* XX, 4) ; il accorde l'exercice de l'action même au second créancier hypothécaire.

§ 2. — Contre qui ?

Du caractère réel du droit hypothécaire qui rend la chose hypothéquée, et non la personne, véritable débitrice de la dette, responsable du paiement, il résulte que l'action peut être intentée contre tout possesseur, tout détenteur de la chose *contra quemcunque possidentem* (1). La règle est la même que pour la revendication : *in vindicatione pignoris quæritur an rem, de quâ actum est, possideat is cum quo actum* (2). D'ailleurs on ne comprendrait pas que l'on pût s'adresser à un autre que le possesseur ; on ne pourrait lui demander le délaissement de la chose, puisqu'il ne l'a pas en sa possession. Mais ici, cependant, une exception, elle est accordée comme dans la revendication, contre le *fictus possessor*, contre celui qui par son dol s'est présenté comme possesseur, ou également par son dol a cessé de posséder (3).

Cette action peut bien ne pas réussir contre tout possesseur, c'est lorsque le défendeur détient la chose en vertu d'un droit supérieur ; ainsi, lorsqu'il est lui-même créancier hypothécaire, et que son hypothèque est antérieure à celle du demandeur, ou lorsqu'il est l'ayant cause du créancier hypothécaire antérieur, si, par exemple, il a acquis de lui la chose à la suite d'une vente valablement faite (4). Dans ces deux cas elle échouera devant l'exception : *si non mihi ante pignoris hypothecæ nomine sit res obligata*.

(1) L. 13, § 3. Dig. *de pign.* XX, 1.

(2) L. 16, § 3 *de pign.* XX, 1. — *Inst.* §§ 1, 7, 31, *de act.* IV, 4. — L. 21, § 3, *de pign.* XX, 1.

(3) L. 16, § 3, ci-dessus citée.

(4) L. 12, pr. Dig. *qui potiores* XX, 4. — L. 12, § 7, l. 14, *eodem.*

Elle ne pourrait être non plus efficacement intentée contre un acheteur de choses héréditaires quand elles ont été vendues par un héritier, qui a fait inventaire en bonne et due forme, pour payer les dettes de la succession ou pour acquitter les legs dont il était chargé (1).

En règle générale, elle échouera contre le défendeur, qui pourra se prévaloir d'une exception ou fin de non recevoir destinée à ruiner le droit du demandeur, moyens péremptoires que nous étudierons dans le dernier chapitre.

Une remarque : il faut se garder de confondre l'exercice de l'action personnelle, qui compète au créancier pour obtenir le paiement de sa créance, avec celui de l'action hypothécaire. Ces deux actions peuvent se trouver réunies contre la même personne. Ainsi, lorsqu'on agit contre le débiteur lui-même, ou son héritier, on les exerce simultanément, mais lorsqu'on agit contre un tiers, comme possesseur de la chose, il ne reste plus que l'action hypothécaire.

§ 3. — *A quel moment peut-elle être intentée ?*

D'après les rigueurs du droit primitif, il semblerait que l'action hypothécaire pût être intentée même avant l'échéance de la dette. Déjà, la formule de l'interdit Salvien ne faisait pas mention de cette échéance ; puis un texte d'Ulpien, qui primitivement devait se rapporter à cet interdit, conduirait à décider que l'on pût l'employer avant l'échéance, *quæsitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea, et ita Celsus scribit* (2). Cela se comprend, l'interdit Salvien avait été créé par le prêteur pour favoriser le créancier, pour lui donner un droit sur les objets

(1) L. 22, §§ 5 et 8, Code, *de jure delib.* VI, 30.

(2) L. 14, pr. Dig. *de pign.* XX, 1.

apportés par le fermier sur le fonds ; or, pour que ce droit ne fût pas illusoire (1), pour que le fermier ne fit pas disparaître les objets par lui apportés, le créancier devait avoir le droit d'agir avant l'échéance, afin de se faire mettre en possession des objets dont il avait de justes raisons de craindre un enlèvement *frauduleux*. Et le préteur, toujours revêtu d'un pouvoir discrétionnaire en cette matière, faisait droit à la demande du créancier, si elle était fondée, en lui accordant l'exercice de l'interdit même avant l'échéance. Je crois que les mêmes principes, la même manière de procéder, sont passés dans l'action quasi-servienne. C'est qu'en effet, sa formule a été calquée sur celle de l'interdit ; qu'elle n'est elle-même qu'une transformation de l'interdit suivie d'une extension ; — que la décision d'Ulpien, visant probablement l'interdit, a été entendue d'une manière plus large par Justinien, et n'est pas seulement une décision d'espèce qui soit, comme on la soutenu (2), spéciale en contrat de louage. C'est conforme à la vérité historique, et, de plus, les motifs de le décider sont les mêmes ; car le créancier peut avoir intérêt à agir avant l'échéance pour obtenir des garanties supplémentaires, user de mesures conservatoires, si le débiteur vient par exemple à abuser de la chose hypothéquée.

En droit donc, le créancier peut agir avant l'échéance de la dette ; en fait, il lui faut un intérêt *puissant* ; et le préteur est le juge de l'intérêt, il est le maître de l'efficacité de l'action. Si elle est intentée avant l'échéance, sans de justes raisons, le défendeur, secouru par le préteur, aura toujours pour la repousser une exception de dol, et dans notre cas, une exception tirée de la non exigibilité de la dette. Ce principe est encore confirmé par un texte de Mar-

(1) Nous avons bien accordé au créancier le droit d'exercer l'interdit même contre les tiers détenteurs. (Voir historique § 4) ; mais il est à remarquer que les objets qui servaient de gage au *dominus*, étaient des meubles faciles à dissimuler, et que par là même, la concession d'un droit réel au *dominus* ces objets n'était pas pour lui une sauvegarde suffisante.

(2) ACCARIAS, T. II, n° 821, et note 1, pag. 1019 et 1020.

cien (1). Le jurisconsulte prévoit l'hypothèse d'une dette pure et simple, mais d'une hypothèque conditionnelle ; l'action, dit-il, est fondée, mais comme il serait inique d'enlever dès à présent la chose au défendeur, le juge pourra l'autoriser moyennant caution, à la garder jusqu'à l'accomplissement de la condition (2). Ce qui en résulte pour notre système : c'est que l'action est fondée même lorsque l'hypothèque est conditionnelle, à fortiori, lorsque l'hypothèque est pure et simple ainsi que la dette, que cette dernière soit ou non à terme (3).

Mais est-ce à dire qu'il sera facultatif au créancier d'intenter l'action avant ou après l'échéance ? — Non, puisque dans le premier cas, le prêteur vient au secours du débiteur ou du détenteur, et que c'est seulement lorsque le créancier a des raisons puissantes, quand le défendeur abuse de la chose, que l'exercice de cette action lui sera permis avant l'exigibilité de la dette.

En fait, et avec ce tempérament, l'action intentée par le créancier, avant l'échéance, l'était presque toujours d'une façon prématurée, et n'avait que bien peu de chances d'aboutir. Aussi était-il de règle, dans la pratique, d'appliquer à l'exercice de l'action hypothécaire le délai accordé pour le paiement de la dette par le créancier au débiteur ; — c'est ce que Marcien exprime en disant que le pacte *de non petenda pecunia intra annum* est réputé s'appliquer aussi à l'hypothèque (L. 5, § 1, quid mod. XX, 6) (4).

(1) L. 13, § 5, *de pign.* XX, 1.

(2) De cette façon, le créancier acquerra l'action ex stipulatu à la place de l'action hypothécaire désormais épuisée par la litis contestatio.

(3) M. ACCARIAS, *loc. citat.* n° 823 et note 1, voit dans la loi 13 de Marcien une particularité propre à la théorie de l'action hypothécaire, et pense que dans une semblable hypothèse le juge ne pouvait qu'absoudre, et le droit n'était pas épuisé, car l'existence d'une dette, condition fondamentale de l'action, faisait défaut.

(4) M. ACCARIAS, *loc. cit.* prétend, au contraire, en s'appuyant sur cette loi 5, qu'en principe, l'action hypothécaire ne doit point être délivrée avant l'échéance de la dette.

§ 4. — *Quelles preuves doivent être fournies ?*

Le demandeur doit établir les faits sur lesquels sa demande est fondée, justifier l'*intentio* de la formule, c'est-à-dire prouver l'existence de la dette, celle de l'hypothèque, et de plus, le fait que la chose était *in bonis* du constituant au moment de la constitution de l'hypothèque (1).

1° L'existence de la dette, c'est une conséquence forcée du caractère accessoire de l'hypothèque, car si la dette n'avait jamais existé, ou était éteinte, l'hypothèque elle-même aurait eu le même sort, *rem... propter pecuniam certam creditam obligatam esse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*, dit la formule.

2° Celle de l'hypothèque, c'est-à-dire prouver soit la convention d'hypothèque, soit l'existence de tout fait qui a pu lui donner naissance.

3° Enfin, et cette preuve est la plus délicate, établir que la chose était *in bonis du constituant*. Cette dernière preuve n'est pas toujours exigée. En effet, il faut distinguer contre qui le créancier agit. Agit-il contre celui qui a constitué l'hypothèque ? Il n'aura qu'à prouver la dette et l'hypothèque, car le défendeur étant en possession, il est à présumer que la chose n'a pas cessé de faire partie de son patrimoine, c'est alors le minimum de preuve. Mais agit-il contre un autre que le constituant, un successeur ou un tiers ? C'est alors qu'il lui faudra prouver que la chose était *in bonis* au moment de la constitution de l'hypothèque, *si paret rem ab eo cujus in bonis tum fuit*, dit la formule.

Mais la formule prévoit-elle tous les cas, et ne faut-il pas en élargir les termes ? — Oui. C'est lorsque le débiteur a hypothéqué d'une manière générale ses biens présents et à venir ; alors le demandeur devra prouver seulement que la chose est entrée *in bonis* du débiteur, depuis la convention : *quod dicitur creditorem probare debere cum*

(2) L. 23, *de probat.* Dig. XXII, 3. — L. 15, § 1, *de pign.* XX, 1.

conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet quæ specialiter facta est, non ad illam quæ cottidiè inseri solet cautionibus (1). Il semblerait même, d'après ce texte, que cette hypothèque anticipée des biens à venir aurait été validée par les jurisconsultes pour soustraire le créancier à la preuve de l'*in bonis* au moment de la convention exigée par la formule de l'action quasi-servienne.

Il en est de même du cas où le débiteur a hypothéqué la chose d'autrui, mais sous la condition expresse qu'il acquerrait cette chose. Cette convention d'hypothèque est valable comme faite sous condition : « *aliena res potest utiliter obligari sub conditione, sit debitoris facta fuerit*, » dit Marcien (2). Le demandeur aura à prouver également que la chose est depuis la convention entrée *in bonis* du constituant.

Aux deux hypothèses précédentes faut-il assimiler le cas où le débiteur a donné *purement et simplement* une hypothèque sur la chose d'autrui, si par la suite il en devient propriétaire ? — Oui, au point de vue de la preuve à faire. Non au point de vue de l'action à donner. Voici les principes qui régissent cette matière. Il résulte de la règle fondamentale en droit romain, *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*, et des termes de la formule de l'action quasi-servienne, *cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse*, que l'hypothèque concédée sur la chose d'autrui ne sera pas validée par l'acquisition ultérieure de cette chose par le constituant, s'il n'y a pas une condition qui tempère les rigueurs du droit, parce que la condition est, en effet, l'expression de la volonté des parties. Or la condition, vivifiante de la convention d'hypothèque, existe bien dans les deux premiers cas ; tacite dans le premier exemple, de l'hypothèque *des biens à venir*, elle est formellement exprimée dans le

(1) L. 15, § 1, Dig. de pign. XX, 1.

(2) L. 16, § 7, de pign. XX, 1.

second. Mais dans notre troisième hypothèse, elle n'existe pas, et c'est pourquoi la règle *quod ab initio*... s'appliquait avec toute sa rigueur. Cependant, cette solution était marquée au coin d'une sévérité trop exagérée, surtout lorsque le créancier avait cru de bonne foi recevoir une garantie dont il se trouvait ainsi leurré. Aussi les jurisconsultes se basant sur l'équité, ont-ils fini par accorder au créancier, pour le cas où le débiteur aurait hypothéqué la chose d'autrui et en serait ultérieurement devenu propriétaire, non pas l'action hypothécaire ordinaire, mais une action hypothécaire *utile*, *utilis persecutio exemplo pignoratitiae*, dit Dioclétien (L. 5, *Cod. si aliena res*, VIII, 16), en corrigeant le texte de Papinien, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur* (1). Dans cette action utile, le demandeur aura comme dans l'action hypothécaire à prouver seulement l'entrée de la chose dans le patrimoine du constituant.

Le créancier n'aura-t-il, dans tous les cas, qu'à établir les trois points de preuve que nous venons de voir pour triompher dans sa demande ? Non, lorsqu'il agira contre un créancier hypothécaire en possession, il devra de plus prouver l'antériorité de son titre ; car le défendeur, usant des avantages que la possession lui confère, n'aura nullement à établir sa priorité du moment qu'il justifiera de sa qualité de créancier hypothécaire.

Enfin l'action du demandeur pourra succomber devant les exceptions et fins de non recevoir que sera en droit de lui opposer le défendeur. Elles feront l'objet de notre dernier chapitre.

(1) L. 1, prin. *de pign.* XX, 1. — Papinien ne voulait accorder d'action utile qu'au créancier de bonne foi, il concédait un simple droit de rétention au créancier de mauvaise foi, *sed facilius erit possidenti retentio*.

CHAPITRE IV

EFFETS.

Nous supposons que le demandeur ait établi les faits contenus dans son *intentio*, et que le défendeur n'ait pu réussir dans ses moyens de défense; quels seront alors les résultats de l'action hypothécaire?

On peut dire dès à l'avance qu'ils seront calqués sur ceux de l'action en revendication, mais avec cette différence qu'ils ne se produiront que dans les limites du droit ou de l'intérêt du demandeur.

Nous avons déjà vu (1) que le but immédiat de l'action était la poursuite de la possession, le délaissement par le détenteur de la chose hypothéquée, mais que le but définitif, indirect et médiat il est vrai, était, pour le demandeur, d'arriver au paiement de sa créance; l'action n'ayant plus alors de raison d'être si le débiteur exécute son obligation, *jus removetur petitoris, soluto pignore* (2). De cette façon le tiers détenteur, qui a le choix, *nisi restituat aut solvat*, aura toujours, jusqu'à la clôture du *judicium*, c'est-à-dire jusqu'au moment de la sentence définitive, la ressource de faire échouer la demande en désintéressant le créancier hypothécaire (3). Les mots *si vero possideat* de la loi 16, § 3, *de pig.*, ont fait penser que le débiteur de mauvaise foi ne jouissait pas de cette faculté. Mais il n'y a pas de raison de la lui refuser; car, d'un côté, le créancier n'a pas à se plaindre s'il reçoit le paiement intégral de sa créance, et de l'autre, la perte de l'action personnelle, qui résulte de l'extinction par ce paiement de l'obligation principale, entraîne par voie de conséquence celle de l'action hypothécaire. Cependant il est un

(1) Chapitre II, *de l'objet*.

(2) PAUL, L. 12, § 1. *Dig. quib. mod. pign.* l. XX, t. 6.

(3) L. 12, § 1, *quib. mod. pign.* XX, 6. — L. 13, § 4, L. 16, § 3, *de pign.* XX, 1.

cas où le détenteur ne pourra user de cette faculté, c'est lorsque le créancier a vendu la chose hypothéquée conformément à son droit, et la revendique pour la livrer à l'acquéreur (1).

Et maintenant, que se passe-t-il lorsque le défendeur, n'étant point arrivé à infirmer les conclusions du demandeur, n'a pas usé, pour faire tomber l'action, de son *jus solvendi* ?

Le juge rend alors une sentence par laquelle il constate le droit réel du demandeur, *hypothecam adjudicat* (L. 16, § 5, *de pign.*) (2), puis, en même temps, il arbitre, *arbitrium*, la satisfaction due au demandeur, et donne au défendeur l'ordre préalable, *jussus*, de restituer la chose ou de payer la dette (3), s'il veut éviter la condamnation, *si vero possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est* (L. 16, § 3, citée). Là apparaît le caractère arbitraire de l'action. Le juge devra permettre au défendeur de s'exécuter et ce n'est qu'en cas de refus qu'il le condamnera.

Mais voyons ce que devront comprendre le paiement ou la restitution, et quelle sera la condamnation ?

§ 1^{er}. — *Le paiement.*

Il devra toujours être entier et complet, comprendre tout ce qui est garanti par l'hypothèque, c'est-à-dire la créance hypothécaire et ses accessoires, capital et intérêts, ainsi les intérêts moratoires (4), la peine stipulée contre le débiteur, les intérêts conventionnels lorsqu'ils ont été soumis à la garantie hypothécaire, *propter usuras quoque*

(1) L. 8, Cod. *de distract. pign.*, l. VIII, t. 28.

(2) Cette constatation du droit réel devait être certainement analogue à la *pronunciatio*, qui existait dans la revendication et les actions confessoires et négatoires, actions in jus conceptæ. Elle devait en avoir les effets, et emporter de même chose jugée en faveur du créancier (L. 16, § 5, *de pign.*, l. 12, pr. *qui potior*. XX. 4).

(3) *Inst.*, § 31, *de uct.*, IV, 4.

(4) L. 8, § 5, *de pignor. act.*, XIII, 7.

si obligata sit hypotheca, usura solvi debent. Idem et in pœna dicemus (1), et même les intérêts conventionnels, quoique l'hypothèque ne leur eût pas été étendue par une convention expresse, si cependant l'hypothèque donnée en garantie du capital s'appliquait également dans l'intention des parties aux intérêts ; ce qui le prouve, c'est que, dans ce cas, le créancier avait, à défaut de l'action personnelle *pignoratitia*, l'action réelle hypothécaire pour en poursuivre le paiement (2).

Enfin, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, le paiement devait comprendre toute la dette, quoique la valeur des biens affectés eût été inférieure au montant de la créance.

De plus, il devait être immédiat, mais on accordait au détenteur qui fournissait caution, un délai égal à celui pendant lequel la loi prohibe l'exécution des jugements (3).

§ 2°. — *Restitution.*

La restitution implique la remise matérielle de la chose, le transfert de possession au demandeur : « *Serviana* » *etsi in rem actio, nudam tamen possessionem avocat* (4).

Elle s'applique d'abord à la chose affectée elle-même, puis à tous ses accessoires soumis à l'hypothèque. Parmi ces derniers il faut envisager séparément ceux qui s'unissent à la chose principale et ceux qui sont produits par cette chose.

1° ACCESSOIRES RÉUNIS A LA CHOSE PRINCIPALE.

L'hypothèque s'y est étendue de plein droit, qu'ils proviennent du fait de l'homme ou de la matière, du moment qu'il y a eu incorporation nécessaire ou absolue. On devra

(1) L. 13, § 6, *de pign.*, XX, t. 1.

(2) L. 11, § 3, *de pignor. act.*, XIII, 7.

(3) L. 24, *de judiciis*, I, V, t. 1.

(4) L. 66, pr. *de evict.* XXI, 2.

donc comprendre dans la restitution les améliorations ou accessions diverses, faites par le débiteur ou le détenteur, quelque grande que soit la plus-value qui en résulte; ainsi la maison élevée sur un terrain hypothéqué (1), l'alluvion qui s'est incorporé à la terre (2), l'écriture réunie au manuscrit (3), et même les accessoires mobiliers attachés au fonds par le débiteur, mais lorsqu'une convention particulière les a soumis à l'hypothèque, ou que l'hypothèque de l'accessoire résulte de l'intention des parties (4).

2° ACCESSOIRES PRODUITS PAR LA CHOSE.

Ce sont les fruits. On doit les envisager à deux points de vue : sont-ils encore attachés au sol qui les a produits ? ou bien, sont-ils détachés de ce sol ?

Dans le premier cas, ils ne constituent que des choses futures, et à ce titre ne peuvent être frappés de l'hypothèque que lorsqu'ils viennent à entrer dans le patrimoine du constituant, si l'immeuble, par exemple, appartient encore au débiteur ou à ses héritiers au moment de leur séparation du sol (5); si l'immeuble appartient à un simple détenteur, le jour où ils se trouvent détachés, comme, dès cet instant, ils deviennent la propriété de ce détenteur, ils n'auront jamais été soumis à l'hypothèque et le demandeur n'aura pas de droit de ce chef à leur égard (6).

Dans le second cas, lorsqu'ils sont détachés du sol, ils acquièrent à ce moment une existence individuelle, et pourraient à ce titre faire l'objet d'une convention d'hypothèque. Le principe est qu'ils doivent être considérés comme atteints par l'hypothèque de la chose principale,

(1) L. 29, § 2, *de pign.*, XX, 1. — L. 21, *de pignor. act.*, XIII, 7.

(2) L. 16, *pr. de pign.*, XX, 1.

(3) *Inst.* liv. II, tit. 1.

(4) L. 1, § 1. L. 32, *de pign.*

(5) L. 15, *pr. de pign.*

(6) L. 1, § 2, *de pign.*, XX, 1.

et cela en vertu d'une convention tacite, « *quamvis fructus.... et si id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse....* » (1) et Paul, dans la loi 29, § 1 de *pignoribus*, « *si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque quæ ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt.* » Il est vrai que le même Paul, aussitôt, aurait écrit dans ses Sentences (2) : « *Fetus vel partus ejus rei quæ pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.* » Mais ce texte se rapporte à un cas d'antichrèse, et doit, pour se comprendre, être rapproché de la loi 8 (*in quib. causis* Dig. XX, 2) tirée du même livre de Paul et probablement du même titre V ; il prévoit un cas de compensation, et veut dire que le part de l'esclave, ou les petits des animaux ne peuvent être retenus par le créancier qui, ayant prêté gratuitement une somme d'argent à un débiteur dont il a comme garantie reçu un fonds en gage, a cependant le droit de retenir à lui les fruits qu'il perçoit de ce fonds au lieu et place des intérêts de sa créance, mais non le part des esclaves ou le croît des animaux. Le texte des Sentences a été altéré et au lieu de *non tenetur*, il faut lire *non retinetur*.

Ainsi se passent les choses lorsque l'action est intentée contre le constituant ou ses héritiers. Si, au contraire, le demandeur se trouve en face d'un simple détenteur, il faut distinguer si ce détenteur est de bonne ou de mauvaise foi.

Est-il de bonne foi ? Il devra, en vertu du principe que le demandeur qui triomphe doit, dans tous les cas, avoir mêmes situation et avantages que s'il eût obtenu satisfaction dès le moment où l'instance est engagée, du principe que le défendeur est alors tenu d'une véritable obligation personnelle dès ce moment, sans distinguer s'il a été originellement de bonne ou de mauvaise foi, il devra, dis-je, restituer tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir à partir de la *litis contestatio* : *Interdum etiam de fructibus*

(1) L. 3, Code, *in quib. caus. pign.*, 8, 15.

(2) Liv. II, t. V, § 2.

arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit prædium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi exstent, et res non sufficit (1). Cette dernière partie du texte, il est vrai, parle bien des fruits recueillis antérieurement à la litis contestatio; mais elle ne peut s'appliquer au tiers détenteur de bonne foi, car ces fruits, l'hypothèque n'avait pu les gréver, puisque l'immeuble appartenait au détenteur lorsqu'ils se sont détachés du sol.

Est-il de mauvaise foi? Il devra, de plus, les fruits par lui perçus antérieurement à la litis contestation; mais on ne sait dans quelle mesure au juste. Devra-t-il, comme dans la rei vindicatio, tous les fruits existants ou consommés, en un mot tous les fruits que le demandeur aurait pu percevoir s'il avait eu la chose, *omne quod habiturus foret petitor si restituta illi res fuisset* (2)? Je ne le crois pas: ce serait dépasser le but de l'hypothèque. Devra-t-il les fruits existants seulement au moment de la litis contestatio, « nisi res exstent » conformément à la rédaction de la Vulgate? Devra-t-il les fruits existants, mais dans le seul cas d'insuffisance de la chose principale « nisi exstent, et res non sufficit » d'après la leçon du manuscrit de Florence? C'est un point sur lequel les jurisconsultes ne sont pas d'accord et qu'il est difficile d'éclaircir.

Comme dans la rei vindicatio, le type des actions réelles, le tiers détenteur répond, dès l'ouverture de l'instance, des pertes ou détériorations qui sont arrivées par son fait ou sa faute, parce que dans la *cautio judicatum solvi*, il a promis la réparation de son dol et de sa faute, *cavere de dolo et culpa*, il a promis de se comporter en bon père de famille (3). Mais il doit répondre également de

(1) L. 16, § 4, de pign., XX, 1. Telle est la version du manuscrit de Florence, la Vulgate porte « nisi res exstent » au lieu de « nisi exstent et res non sufficit. »

(2) Inst. § 35, de rer. div., 44, 1.

(3) L. 36, § 1. — L. 18, Dig. de rei vind., VI, 1.

toute dégradation qu'il a commise antérieurement à la liti contestatio, et qui présente un caractère frauduleux à l'égard du créancier ; c'est ce qui explique pourquoi l'action hypothécaire est donnée contre le détenteur *qui dolo desiit possidēre*, car comment y serait-il soumis, s'il n'était responsable du *dolus præteritus*.

Que faut-il dire du possesseur qui, ayant d'abord possédé de bonne foi, a perdu cette bonne foi, mais avant que l'instance fut engagée, faut-il l'assimiler au *prædo* ? Il cesse bien, il est vrai, de faire les fruits siens ; mais je crois qu'il ne faut pas cependant l'assimiler au *prædo* ; il serait, en effet, bien dur et hors du but poursuivi par l'hypothèque, de l'obliger à restituer la chose dès qu'il aurait eu connaissance de l'hypothèque, si le créancier hypothécaire n'agissait pas : dans ce cas, il ne sera responsable que de son dol et non pas de sa faute (1).

Il peut se faire que les détériorations commises par le tiers-détenteur puissent donner naissance à l'action de la *Legis Aquiliæ*, si actionné au délaissement, il détériore la chose, tue l'esclave, par exemple. Le juge doit fixer l'indemnité due pour cette détérioration, mais il faudra pour cela que le créancier renonce à l'action *legis aquiliæ* (2) ; or, à cause des résultats avantageux qu'elle procure parfois, — ainsi, quand le défendeur conteste le fait allégué, elle emporte condamnation au double, — le demandeur peut avoir intérêt à la conserver (3).

Nous venons de voir ce que le défendeur est tenu de restituer ; examinons maintenant comment la restitution doit être faite.

D'abord, un délai peut-il être accordé au tiers-détenteur ? Oui, mais lorsque la restitution immédiate est impossible ou très difficile, lorsque la chose se trouve entre

(1) L. 45, *de rei vind.*, VI, 1.

(2) L. 13, 14, *de rei vind.*, VI, 1.

(3) Pourrait-il, sans faire remise de cette action, s'engager tout au moins à ne l'intenter que pour ce qu'elle peut lui donner de plus que l'action quasi-servienne ? Je le crois, par analogie de la loi 7, § 4 (*commodati* XIII, VI), qui accorde cette faveur à celui qui agit par l'action *commodati directa*.

les mains d'une personne absente, ou dans un lieu éloigné. Il pourra alors obtenir son absolution, encore pour cela lui faudra-t-il fournir des cautions qui répondront de la restitution dans les délais accordés par le juge, « *sed si velit restituere, nec possit forte quod res habet, et longe est vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caverit se restitutum, absolvitur* (1).

Puis, en quel lieu doit se faire la restitution ? Si la chose est mobilière, *eo loco ubi actum est*, au domicile du défendeur le plus souvent (2). La chose a-t-elle été transportée ? Le tiers-détenteur de bonne foi devra la livrer à l'endroit où elle se trouve, ou au lieu du procès, au choix du créancier ; mais dans ce dernier cas, les frais de transport seront à la charge de celui-ci. Il en serait différemment si le détenteur était de mauvaise foi, les frais seraient à sa charge (3).

Enfin, et c'est là la question la plus intéressante du chapitre, le tiers-détenteur peut-il être contraint *manu militari* à la restitution de la chose hypothéquée ?

Voici l'hypothèse : le défendeur, qui est en possession de la chose hypothéquée, refuse d'obéir à l'ordre du juge, au *jussus*, va-t-on pouvoir le contraindre à restituer, exécuter directement le *jussus* par la force ; ou bien ne va-t-on avoir contre lui que cette contrainte indirecte résultant de la menace d'une forte condamnation pécuniaire ? Cette question se rattache aux actions arbitraires en général (4).

D'abord, dans la législation de Justinien, l'exécution directe est possible, il n'y a pas de doute à cet égard. Cela résulte de la correction faite dans les Institutes § 32, de *actionibus* (liv. IV, tit. 6), du texte de Gaius, § 32, *ini-*

(1) L. 16, § 3, de *pign.*, XX, 1.

(2) *Fragm. vaticana*, § 326.

(3) L. 10, de *rei vind.*, VI, 1.

(4) Il est évident que le défendeur avait plus d'avantages à déférer à l'invitation du juge, à satisfaire le créancier, plutôt qu'à s'exposer à une condamnation pécuniaire très rigoureuse, qui, elle, devenait exécutoire suivant les règles ordinaires du droit romain.

tio, (Com. IV). Mais en était-il de même avant cet empereur, et dans le cas de l'affirmative, à quelle époque dût-on attribuer force exécutoire au *jussus de restituendo* ?

A l'origine et même du temps de Gaius, la menace d'une condamnation pécuniaire était le seul moyen de contrainte admis contre le défendeur (1) ; c'est qu'en effet il ne devait pas venir à l'esprit des vieux Romains d'autoriser un juge, c'est-à-dire un simple particulier, non revêtu de l'*imperium* réservé aux magistrats, à se servir du ministère des agents de la puissance publique. De plus, sous l'empire du système formulaire, le principe qui voulait que la condamnation fût toujours d'une somme d'argent, et n'eût pas pour objet la chose elle-même, était encore trop solidement établi, pour qu'on y pût porter semblable atteinte. Tel était le droit à l'époque de Gaius, et certes l'exécution forcée n'était pas en usage du temps de Cicéron, comme le croit Ortolan (2) Les mots « *cogere rem restituere aut condemnare eum* » de Cicéron (*In Verrem*, 11, 12), n'impliquent pas la contrainte *manu militari*, mais la contrainte indirecte qu'exerce la menace d'une condamnation (3).

Mais à la fin du droit classique, en était-il toujours de même, et l'exécution forcée ne fut-elle point permise ?

Un texte d'Ulpien nous la présente comme reçue dans la pratique de son temps : « *qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere; si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur; et fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit* » (4). Si donc le défendeur est en possession, dit ce jurisconsulte, et qu'il refuse d'obéir au

(1) GAIUS, IV, § 89. — L. 9, § 1. Dig. *de furt.*, XLVII, 2.

(2) *Instituts de Justinien*, tom. II, n° 1994, pag. 564.

(3) Argument (PAUL, *sentent.*, 1, 13, § 4). Les mêmes expressions se retrouvent : « *venditor cogi potest ut tradat aut mancipet*, » et cela ne prouve pas que le vendeur puisse être contraint de livrer la chose autrement que par la crainte d'une condamnation.

Voir : ACCARIAS, t. II, n° 867, note 1, pag. 1143.

(4) L. 68, *de rei vindica.*, VI, 1.

jussus, le juge emploiera *la force publique* pour transférer la possession au demandeur ; et puisque son ordre est ainsi exécuté par la restitution de l'objet principal, il absoudra le défendeur sur ce point, et le condamnera seulement pour la valeur des fruits et autres accessoires que la restitution peut comprendre. Cette loi réalisait un progrès réel, car le demandeur avait toujours à craindre la mauvaise foi du *reus*, qui pouvait se soustraire à la restitution, et, de plus, en cas de condamnation, il courrait le risque de ne venir qu'au marc le franc avec tous les autres créanciers de son adversaire insolvable.

Ce texte, il est vrai, est le seul où l'on parle de cette *translatio possessionis manu militari, officio judicis* (1). Aussi quelques interprètes le considèrent-ils comme interpolé, M. de Savigny entre autres ! Ce romaniste se fonde sur ce que, dans toute action arbitraire, il y avait lieu au *jusjurandum in litem ob contumaciam rei*, c'est-à-dire qu'on donnait au demandeur le droit d'estimer la chose à la valeur qu'il voulait, sans autre restriction que celle du serment ; et, s'il y avait eu un moyen direct de contrainte, affirme-t-il, on n'aurait pas laissé subsister un moyen indirect aussi exorbitant !

D'autres interprètes, au contraire, notamment MM. Pellat et Accarias, ne croient pas, et avec raison, à une interpolation (2).

D'abord, on peut répondre à M. de Savigny que le *juramentum in litem* n'est pas incompatible avec l'exécution forcée. Il se trouve seulement que le créancier, dont le juge a reconnu le droit, a le choix entre la restitution *manu militari*, et la condamnation de l'adversaire à une somme considérable. Tout ce que l'on peut dire, c'est que du temps d'Ulpien, on se trouve à une époque de transi-

(1) La loi 3, pr. *ne vis fiat ei...* livr. 43, t. 4, déclare également l'exécution forcée admissible dans certains cas, mais sur l'ordre du magistrat.

(2) Voir sur cette question PELLAT, *Sur la propriété et ses principes démembrements*, 2^{me} édition, pag. 369 et suivantes ; — ACCARIAS, t. II, n^o 807, pag. 1140.

tion où les deux moyens étaient encore admis et même combinés l'un avec l'autre ; — mais que, plus tard, au Bas-Empire, quand le système des condamnations pécuniaires eut entièrement disparu, l'exécution forcée du *jussus* n'eut plus le même sens, et l'option ne fut plus donnée au demandeur, car le juge devait toujours condamner *ad rem ipsam*, à la restitution de la chose elle-même lorsqu'elle était possible.

Ensuite, le texte cité, si Tribonien ou ses collègues l'avaient réellement interpolé, ne renfermerait pas l'expression *manu militari*, car depuis l'année 393 et d'après une Constitution de Théodore le Jeune, conservée au Code (L. 1, *de off. mil. jud.* liv. 1, t. 46), il était défendu de requérir la force publique dans les affaires privées.

Puis, comment encore concevoir que Tribonien eût écrit dans la loi 68, s'il l'avait remaniée, que la condamnation se restreindrait aux accessoires et qu'il y aurait absolue quant à la chose principale !! Il eût dit simplement que le juge devait condamner à la chose et aux fruits tout à la fois, puisque sous la procédure extraordinaire, le système des condamnations pécuniaires avait disparu et que la condamnation était toujours de la chose elle-même *ad rem ipsam*.

Enfin, deux autres textes viennent corroborer cette opinion et prouver que la doctrine d'Ulpien était admise par ses contemporains ; ainsi la loi 36, pr. (*Dig. de don. int. vir.* XXIV, 1) : L'époux donateur, décide-t-elle, qui revendique la chose par lui donnée, et qui obtient une condamnation à défaut de restitution, est tenu de l'obligation de garantie envers le tiers-détenteur ; or, une telle obligation implique que le demandeur a bien voulu abandonner la chose à son adversaire, mais qu'il lui était loisible de la reprendre en l'indemnisant de l'éviction. De même la loi 15, § 6, *Dig. (qui sat. cog.* II, 8) décide que le possesseur d'un fonds qui appelle d'un jugement déclarant le demandeur propriétaire, continue de posséder jusqu'à la sentence d'appel, mais que cependant le doute était possible,

quod evinci ea possessio possit; c'est assurément parce que la confirmation du jugement autoriserait la restitution *manu militari* (1).

L'exécution forcée sera-t-elle toujours applicable ?

D'abord, il faut remarquer, avec M. Pellat (2), qu'elle n'est admissible que lorsqu'il s'agit de lever un obstacle de fait, comme le refus de laisser entrer en possession, et qu'elle ne pouvait être employée s'il s'agissait d'opérer un acte juridique qui exigeât le concours de la volonté du défendeur. Cependant il ne faudrait pas pousser trop loin l'analyse et dire, comme cet auteur, en supposant que le défendeur, pendant l'instance, ait usucapé la chose litigieuse, que la voie *du juramentum in litem* soit ici la seule possible; car, sans forcer là le détenteur à lui transférer la propriété, ce qui impliquerait contrainte de volonté, le demandeur pourra se faire restituer la possession de la chose et en acquérir plus tard la propriété par usucapion (3).

En dehors de ce cas, Ulpien a fait lui-même, je crois, une autre distinction. Il a visé, dans la loi 68, deux hypothèses : celle où le défendeur prétend seulement et sans motifs sérieux ne pouvoir restituer, c'est-à-dire ne le veut pas ; et celle où il ne le peut pas. Dans la première, on peut employer la *manus militaris*; dans la seconde, la restitution étant impossible, il ne reste plus que la voie d'une condamnation pécuniaire. Cette solution est discutée, il est vrai, et M. Demangeat (4) pense que l'exécution forcée aurait été restreinte au seul cas où le défendeur prétendait mensongèrement ne pouvoir restituer, interprétant ainsi les mots *contendens non posse restituere*. Il est difficile de croire qu'Ulpien ait entendu distinguer entre celui qui affirme n'être pas en mesure de satisfaire à l'*arbitrium*, et celui qui refuse carrément toute restitu-

(1) ACCARIAS, II, n° 867, p. 1142.

(2) *Ouvrage cité*, pag. 376.

(3) ACCARIAS, t. II, pag. 1142, note 4.

(4) Tome II, page 603.

tion, entre celui qui dit : *Je ne puis*, et celui qui dit : *Je ne veux*. Comment admettre, en effet, que le plus favorisé de ces deux plaideurs de mauvaise foi soit précisément le plus artificieux, le plus cynique ! Quant au langage d'Ulpien, il s'explique par cette observation très simple, que la mauvaise volonté cherche toujours des prétextes pour se dissimuler ! et que, comme le dit élégamment M. Accarias (1), « le *non possum* n'est souvent qu'une forme polie qui signifie *nolo*. »

En résumé, et pour terminer cette question, il n'y a pas de doute qu'à la contrainte morale résultant de la menace d'une condamnation très rigoureuse, la pratique dû, et selon toutes probabilités dès la fin de la période classique, substituer une contrainte tout aussi efficace et toute matérielle qui atteignit d'une façon plus sûre le but poursuivi par l'hypothèque.

§ 3°. — Condamnation.

Que se passe-t-il enfin lorsque le défendeur actionné en délaissement s'est refusé à payer la dette hypothécaire et aussi à fournir la satisfaction déterminée par le juge, et qu'on n'a pas usé de la *manus militaris* ?

C'est alors qu'intervient la condamnation, résultat définitif de l'action hypothécaire, *Si vero possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est*. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. (L. 16, § 3, de pig. XX, 1).

D'après quelles règles cette condemnatio va-t-elle être fixée ? Elle dépend des causes qui ont porté le détenteur à ne pas obéir, qui l'ont mis dans l'impossibilité de le faire ; elle varie suivant qu'il s'agit d'un cas fortuit, d'une faute ou d'un dol.

1° — La chose grevée a-t-elle été détruite par cas fortuit, depuis la *litis contestatio* ?

La condamnation est toujours possible à raison des

(1) Tome II, p. 1144, note 1 *in fine*.

accessoires de cette chose; mais doit-elle comprendre aussi l'estimation de la chose elle-même? Deux opinions s'étaient fait jour parmi les Prudents. Les Proculiens prétendaient que, par cela seul que le défendeur avait connu la demande dirigée contre lui, il était de mauvaise foi, qu'il devait être alors assimilé au débiteur en demeure sur lequel pèsent tous les risques, qu'en conséquence la condamnation devait comprendre non seulement les accessoires de la chose, mais la valeur elle-même de cette chose. Les Sabinien, mus par un sentiment plus conforme à l'équité, distinguaient si le défendeur avait eu de justes raisons de croire bien fondée la demande dirigée contre lui, ou bien si, en n'acquiesçant pas à cette demande, il n'avait pas plutôt agi comme un bon et sage père de famille. Dans le premier cas, il répondait de tous les risques; mais dans le second, le juge ne devait le condamner qu'aux accessoires, toutefois il était encore tenu de donner des garanties au créancier en prévision qu'il rentrât en possession de la chose. Cette opinion finit par prévaloir, ainsi que le prouvent les lois 40, *pr. de hered. pet.* (V, 2), et 15, § 3, *de rei vind.* (VI, 1), qui exposent ces deux systèmes et donnent la solution désormais admise.

2° — Le défendeur est-il dans l'impossibilité de restituer la chose non plus par cas fortuit, mais par une faute de sa part?

Il sera alors condamné à payer une somme d'argent dont le montant se mesurera sur l'intérêt du demandeur, d'après une évaluation à faire suivant les règles admises dans les actions arbitraires, c'est-à-dire que le demandeur devra établir l'existence et le quantum du préjudice à lui causé par les moyens ordinaires de preuve. Mais quel sera l'intérêt du demandeur? Dans la revendication, cet intérêt est représenté par la valeur de la chose elle-même; mais en matière hypothécaire, il est représenté en général par la valeur de la créance et des accessoires, parfois aussi il peut arriver à dépasser ce chiffre ou à rester au-dessous.

De là nous sommes amenés à distinguer différentes hypothèses.

Si la valeur de la chose est inférieure au montant de la créance, le défendeur, comme tel (1), ne sera tenu naturellement que de l'estimation de la chose, car son obligation se bornant à délaisser, la condamnation ne peut en aucun cas excéder la valeur de la chose hypothéquée et de ses accessoires.

Mais la valeur de la chose est-elle supérieure au chiffre des sommes dont l'hypothèque garantie le remboursement ? Ulpien pose la sous-distinction suivante : si l'action est intentée contre le débiteur lui-même, la *litis estimatio*, la condamnation ne dépassera jamais le montant de la dette avec ses accessoires, car là s'arrête l'intérêt du demandeur ; et c'est d'autant plus juste que, dans le cas où par suite d'une vente, par exemple, le créancier toucherait plus qu'il ne lui est dû, il devrait rendre le surplus ou *hyperocha* au débiteur. Si, au contraire, l'action est intentée contre tout autre possesseur, la condamnation pourra s'élever à la valeur de la chose, *Si res pignerata restituitur, lis adversus possessorem erit estimanda ; sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quamvis possessorem ; nam adversus debitoris non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest ; adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione* (2). Comment justifier cette décision du jurisconsulte ? Il semblerait que, toutes les fois que l'action est intentée contre un tiers-possesseur, elle soit toujours de la valeur de la chose. Non, cette disposition n'est pas générale, et Ulpien entend seulement dire que la condamnation pourra dépasser le montant de la créance et des accessoires, et s'élever jusqu'à la valeur de la chose, mais

(1) C'est-à-dire en vertu de l'action hypothécaire, car il pourrait être tenu du paiement de la créance tout entière par l'action personnelle, s'il était le débiteur, par exemple.

(2) L. 21, § 3, de *pign.* XX, 1.

quand l'intérêt du demandeur se mesurera sur la valeur de cette chose. Supposons, en effet, que le créancier ait vendu le bien grevé avant d'en être nanti ; dans ce cas, son intérêt est bien représenté par la valeur de la chose elle-même, puisqu'il est tenu de la livrer à l'acheteur ou de l'indemniser d'une valeur égale à cette chose. Supposons encore que l'action soit dirigée contre un tiers-possesseur n'ayant pas pour auteur la personne qui a constitué l'hypothèque ; dans ce cas le créancier, tout en agissant pour lui-même, fait en même temps valoir le droit du constituant et il devient de ce chef comptable envers lui ; dès lors son intérêt se mesure sur la valeur de la chose, et la condamnation comprendra l'estimation de cette chose, absolument comme s'il s'agissait d'une action en revendication exercée par le propriétaire.

Le texte d'Ulpien se prête bien à cette interprétation, car il parle d'un gagiste qui, ayant perdu le gage qu'il s'est obligé à garder et à surveiller, est responsable de cette perte envers le débiteur qui a constitué le gage.

De plus, cette manière de voir est confirmée par un texte de Marcien : *Semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod re vera debet, dando, hypothecam liberare* (1).

Ainsi donc et en résumé, pour que la condamnation puisse excéder le chiffre de la créance et de ses accessoires, il faut qu'à l'intérêt résultant de sa qualité de créancier, le demandeur joigne un autre intérêt (2).

3° — Enfin, le défendeur s'était-il mis, par son dol, dans l'impossibilité de satisfaire à l'*arbitrium* ?

Au dol il faut assimiler le refus, *contumacia*, que faisait d'obéir à l'ordre du juge, un défendeur réellement en mesure de l'exécuter ; *dolus aut contumacia non restituentis.... quanti in litem juraverit actor* (3).

(1) L. 16, § 6, de *pign.* XX, 1.

(2) ACCARIAS, tome II, p. 1021.

(3) L. 1^{re} § 1, de *in. lit. jur.* XII, 3.

Marcien décide alors, sans distinguer contre qui l'action est intentée, que le juge doit prendre pour base de la *litis estimatio* le *juramentum in litem* du créancier, comme dans les autres actions in rem (1). Qu'est-ce que le *juramentum in litem* ? C'était la faculté accordée au demandeur de fixer le montant de la condamnation d'après une évaluation, qu'il était admis à faire lui-même, du préjudice que le défaut de restitution lui occasionnait, sous serment de ne pas l'exagérer ; mais en fait, il y avait toujours exagération (2). C'était une menace qui pouvait souvent porter le détenteur à restituer, et dans tous les cas une peine, lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait par son dol opérer la restitution (3). Le demandeur pouvait-il fixer d'une façon illimitée l'indemnité qui lui était due ? Oui, et pendant longtemps il le put, sous la seule foi du serment. Mais des abus se produisirent, et on permit au juge de fixer un maximum : c'est ce que décide un texte de Marcien : *In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur. § 1. Sed iudex potest præfinire certam summam, usque ad quam juretur* (4).

Tels sont les résultats de l'action hypothécaire. Au premier abord, ils semblent peu en harmonie avec la notion que nous nous sommes formée des sûretés réelles, puisque, si le défendeur ne veut ou ne peut restituer (5), le demandeur obtiendra une condamnation à payer une somme d'argent, c'est-à-dire une créance, et même contre son débiteur il obtient une nouvelle condamnation à payer ce qu'il lui doit déjà. Où sera donc la sûreté, la garantie ? Et quel est dans ces conditions l'avantage de l'action réelle sur l'action personnelle ? Voici la réponse. Dans l'action réelle, le

(1) L. 16, § 3, *de pign.* XX, 1.

(2) L. 1. *de in. lit. jur.* XII, 3.

(3) L. 60, § 1, *ad. leg. falcid.* XXXV, 2.

(4) L. 5, pr. et § 1, *de in litem. jur.* XII, 3.

(5) Dans le dernier état du droit classique, la restitution pouvait, nous l'avons vu, se faire par la force, *manu militari*, toutes les fois qu'il n'y avait pas d'empêchements matériels ou juridiques.

défendeur doit, avant la *litis constatio*, fournir des fidejusseurs qui répondront du paiement de la condamnation, et s'il ne le fait pas, la possession de la chose est immédiatement transférée au demandeur, qui la détient en vertu de son *jus pignoris*. Dans l'action personnelle, en principe, le défendeur ne fournit pas de fidejusseurs. De plus, la menace d'une condamnation exagérée était un moyen de coercition qui, pour n'être qu'indirect, était cependant assez efficace de sa nature pour contraindre le détenteur à la restitution.

CHAPITRE V

EXCEPTIONS ET FIN DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE
OPPOSÉES A L'ACTION QUASI-SERVIENTE. — SON EXTINCTION.

Nous avons supposé jusqu'ici que le demandeur avait établi les faits contenus dans son *intentio*, et que le défendeur, n'ayant pu réussir dans ses moyens de défense, avait dû subir les effets de l'action quasi-servienne. Pour achever l'étude de cette action, demandons-nous brièvement quels étaient les moyens de défense introduits en faveur du défendeur, et par lesquels il pouvait infirmer les conclusions du demandeur ? Ils étaient de deux sortes : les uns, introduits par l'équité, se bornaient à retarder les poursuites ; les autres tendaient à ruiner le droit du demandeur dans son fondement, ou tout au moins à paralyser son action.

De là deux paragraphes : le premier consacré aux moyens dilatoires, introduits par l'équité, et que nous allons qualifier de fins de non-recevoir, au sens restreint du mot ; — le second, consacré aux moyens péremptoires destinés à ruiner le droit du demandeur, et qui au fond ne sont pas autre chose que des modes d'extinction de l'action quasi-servienne.

§ 1^{er}. — *Fins de non-recevoir.*

Sont compris sous ce titre l'exception *propter impensas*, et les bénéfices de cession d'action et de discussion.

1° *Exception propter impensas*. Elle n'est pas spéciale à la matière hypothécaire, et se rencontre aussi à propos de la revendication.

Des améliorations ont pu être faites à la chose grévée, soit par le débiteur, soit par le tiers-détenteur : elles se trouvent accessoirement frappées de l'hypothèque. Cependant il a paru juste, en vertu de la règle *Neminem enim æquum est eum alterius detrimento locupletari*, d'accorder au détenteur le droit de retenir la chose jusqu'au paiement par le créancier de la plus-value ainsi procurée à cette dernière (1). D'après les mots du texte *sed bona fide possessorum*..., la bonne foi du tiers-détenteur est toujours exigée, qu'il s'agisse d'impenses nécessaires ou d'impenses utiles (2). Le créancier est tenu envers le détenteur des *sumptus in exstructione erogatos* (L. 29, citée), c'est-à-dire des dépenses faites, seulement il jouit de la faculté de ne les payer que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée. Un texte d'Africain semble établir un principe contraire (3). Non, il imagine une hypothèse spéciale, où le créancier serait tenu de toutes les impenses nécessaires ou utiles sans option, et se demande quelle serait la solution.

2° *Bénéfice de cession d'action*. Le tiers-détenteur qui avait payé la créance hypothécaire, n'avait pour rentrer dans ses fonds, qu'une action contre le débiteur principal, qui d'ordinaire était insolvable. Mais les juriseconsultes, pour améliorer sa situation, lui ont permis d'exiger du créancier la cession de ses droits et actions (4). A cet effet,

(1) L. 29, § 2, *de pign.* XX, 1.

(2) Dans la revendication, le possesseur, même de mauvaise foi, peut réclamer les impenses nécessaires. (L. 27, § 3, *de rei vind.* VI, 1.)

(3) L. 44, § 1, *de damn. inf.* XXXIX, 2.

(4) L. 49, Dig. *qui pot.* XX, 4.

ils lui ont accordé une *exceptio doli ut actiones creditor cedat*, pour écarter le créancier, s'il se refusait à la cession. Ce bénéfice est uniquement fondé sur l'équité, et alors il ne faudra pas qu'il ait pour résultat de nuire au créancier; ainsi, il ne sera pas tenu de la cession lorsque ses droits et actions lui seront encore utiles (1); il ne sera pas tenu également de garantir l'existence ou l'efficacité des actions par lui cédées. A l'inverse, on exigera du détenteur certaines qualités: ainsi il devra être *justus possessor* (l. 19, citée), possesseur de bonne foi, mais il faut, je crois, l'entendre d'une façon large et comprendre non seulement celui qui n'a pas eu connaissance de l'hypothèque, mais encore celui qui, sachant le bien hypothéqué, l'a acquis en vertu d'un juste titre dans l'espérance que le débiteur paierait la dette et dégrèverait ainsi l'objet vendu; — de plus, d'après les termes *si possessor offerat* de la loi 29, il devait prendre garde de n'offrir le paiement que sous condition de subrogation; car s'il avait payé purement et simplement, la cession, qui s'opère sous forme d'achat de créance, n'aurait pu s'effectuer (2).

A l'aide des actions du créancier désintéressé, le tiers-détenteur pourra poursuivre à son tour les autres détenteurs des biens hypothéqués à la même dette, et opposer les droits de son cédant à ceux d'un créancier hypothécaire postérieur qui voudrait l'actionner. Telle est la grande utilité de ce bénéfice.

3° *Bénéfices de discussion*. Ce sont des moyens qui ont pour but de forcer le créancier à discuter certaines personnes ou certains biens, avant d'actionner le tiers-détenteur, de là deux exceptions, l'*Exceptio ordinis* ou *excussio personalis* et l'*exceptio excussionis realis* (3).

Exceptio excussionis personalis. Dans l'ancien droit, le

(1) L. 2. Code de *fidejussoribus*, VIII, 41. Ce bénéfice est le même que celui qui est accordé aux fidejusseurs, voilà pourquoi on renvoie à ce titre.

(2) L. 76, de *solut.* XLVI, 3.

(3) Ces mots *personalis* et *realis* ne sont pas d'origine romaine, mais ont été adoptés par les commentateurs modernes. (MAYNZ).

créancier pouvait exiger de tout possesseur le délaissement de la chose engagée, comme il eût pu le faire du débiteur lui-même. Mais la situation du tiers-détenteur qui avait acquis les biens du débiteur était digne d'une faveur spéciale, et dut se faire jour l'idée de prémunir le plus possible les tiers-acquéreurs contre les suites de l'ignorance où ils se trouvaient de l'existence de l'hypothèque. Cependant, il ne paraît pas que l'on eût beaucoup fait dans cette voie avant Justinien (1). C'est cet empereur qui, dans sa Nouvelle IV, chapitre II, établit au profit des cautions et des tiers-détenteurs le bénéfice de discussion, et permet, par ce moyen, au tiers-détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, de forcer le demandeur créancier à discuter d'abord personnellement le débiteur et ses cautions, avant de recourir à la revendication du gage. Il décide également que le possesseur du gage accordé par la caution peut exiger que le créancier discute d'abord le gage constitué par le débiteur principal. La condition exigée du tiers-possesseur est qu'il ne soit pas personnellement tenu de la dette.

Ainsi donc, avant de pouvoir agir contre les tiers-détenteurs, le créancier devra préalablement établir l'insolvabilité du débiteur principal et même de tous les débiteurs personnels accessoires. Mais, entre les acquéreurs tenant tous leurs droits du débiteur, le créancier n'est pas tenu de suivre un ordre, il a le droit d'actionner l'un d'eux indifféremment.

Exceptio excussionis realis. C'est une faveur qui, à la différence des autres, n'est pas fondée exclusivement sur

(1) Justinien déclare néanmoins qu'il n'a fait que remettre en vigueur une loi ancienne, *lex antiqua*. Les interprètes ne sont pas d'accord sur cette *lex antiqua*, ni sur l'époque à laquelle elle remonte. Les uns prétendent (ainsi Cujas), qu'elle n'est pas autre que la Loi de XII Tables ; les autres, qu'elle a été rendue dans le courant du VII^{me} siècle de Rome, du temps des lois Apuleia (an de Rome 652) et Furia (an 659), qui améliorèrent le sort des *sponsores* ; et d'autres, enfin, la croient postérieure aux dispositions de l'empereur Alexandre Sévère, qui prescrivait aux agents du fisc de ne poursuivre les détenteurs de biens hypothéqués qu'après les débiteurs principaux. (L. 47, pr. Dig. de *jure fisci*, XLIX, 44.)

l'équité, mais aussi et surtout sur l'intention présumée des parties.

Elle a lieu lorsque le débiteur a accordé à son créancier une hypothèque générale et en outre pour la même dette une hypothèque spéciale. L'hypothèque générale n'est considérée que comme subsidiaire. Cela résulte d'une disposition particulière des empereurs Sévère et Antonin, rapportée au Code (L. 2 *de pign.* VIII, 14), confirmée et généralisée par une constitution de Dioclétien (L. 9, Code, *de distract. pign.* VIII, 28). Alors, si le créancier veut faire valoir son hypothèque générale, le défendeur peut exiger qu'il s'en tienne d'abord à la chose spécialement engagée, et qu'il ne discute les autres biens soumis à l'hypothèque générale, que si le gage spécial se trouve insuffisant.

§ 2°. — *Moyens préemptoires ou modes d'extinction de l'Action Quasi-Servienne.*

L'action s'éteindra par toutes les causes d'extinction de l'hypothèque ; si le créancier a été payé ou a reçu satisfaction d'une manière ou d'une autre, gratuitement ou à titre onéreux ; s'il a renoncé à sa créance ou seulement à son hypothèque (1) ; encore s'il a refusé ou refuse d'accepter le paiement de sa créance (2). Tous ces moyens ruinent bien le droit du demandeur, mais ils ne sont pas spéciaux à l'action hypothécaire. Au contraire, en voici deux, dont l'un est particulier à notre matière, et l'autre, sans être spécial, contient cependant des règles propres exclusivement à notre action. C'est : l'exception fondée sur un droit d'hypothèque égal ou supérieur à celui du demandeur, et la *prescriptio longi temporis*.

1° EXCEPTION A RAISON D'HYPOTHÈQUES ANTÉRIEURES.

Nous avons déjà parlé de cette exception appelée par la

(1) L. 5, pr., §§ 2 et 3, *quib. mod.* XX, 6. — L. 49, *de solut.* XLVI, 3.

(2) L. 41, § 4, *qui poti.* — L. 3, Code, *de licit. pign.* VII, 21.

loi 12 pr. *qui potiores* (XX, 4) : *si non mihi ante pignoris hypothecæ nomine res sit obligata* (1).

Le droit romain avait fait, au créancier premier en date, une situation tout à fait privilégiée : c'était à lui qu'appartenait par préférence à tout autre le droit d'intenter l'action hypothécaire, d'où découlait en conséquence pour lui le droit de vente. L'acheteur d'un bien hypothéqué n'était alors à l'abri de toute éviction que lorsqu'il tenait ses droits du premier créancier (2). En effet, le créancier antérieur qui est lui-même attaqué par un autre créancier postérieur, triomphera à l'aide de l'exception *si non mihi...* et si lui-même est demandeur, il repoussera le possesseur à l'aide de la réplique *si non convenit ut sibi res sit obligata* (3). Maintenant est-ce le possesseur qui a acquis la chose du créancier *prior*, qui est attaqué, il aura pour paralyser l'action l'exception *Nisi ab eo emptæ est cui ante erat obligata*. Les droits de celui qui a acquis du créancier *prior in tempore*, jouissent donc d'une protection efficace ; la grande difficulté était, il est vrai, de savoir précisément quel était le vrai créancier, car le droit romain n'avait pas organisé de publicité pour les hypothèques.

On serait tenté de rapprocher cette exception du bénéfice de cession d'action. Elle est fort différente. Le bénéfice de cession d'action est un moyen créé en faveur du possesseur qui a désintéressé le créancier au lieu de délaisser la chose, tandis que l'exception qui nous occupe n'est accordée qu'au créancier antérieur contre un créancier postérieur, ou au tiers qui a acquis de lui la chose lors de l'exercice du *jus distrahendi*.

2° PRÆSCRIPTIO LONGI TEMPORIS.

Dans l'ancien droit, l'usucapion n'éteignait point les hypothèques qui grévaient la chose usucapée (4) ; mais le

(1) Chapitre III, §§ 1 et 2.

(2) L. 5, pr. *de distract. pig.* XX, 5.

(3) L. 12, pr. *qui potiores* XX, 4.

(4) L. 44, § 5, Dig. *de usurp.* XII, 3.

préteur donne à celui qui a acquis ou usucapé le moyen de consolider sa propriété, en rendant inefficace l'action hypothécaire par la *præscriptio longi temporis*. Elle n'engendre donc au profit du possesseur qu'une exception, et pour l'invoquer, le défendeur devait posséder la chose (1).

Quel est le caractère de cette *præscriptio* vis-à-vis du créancier hypothécaire ? Constitue-t-elle une sorte d'affranchissement de l'immeuble résultant de l'hypothèque, analogue à la *libertatis usucapio*, qui éteint les servitudes, ou bien n'est-elle pas plutôt une prescription extinctive de l'action hypothécaire ? C'est à ce dernier parti que je m'arrête (2). — Il est vrai qu'elle exige du possesseur deux conditions, le juste titre et la bonne foi. Mais ces conditions remplies, l'effet en est nettement indiqué par Justinien, qui n'a pas dénaturé le caractère de la prescription créée par le préteur : *diuturnum silentium longi temporis præscriptione corroboratum, creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit* (3). L'intérêt, c'est que, s'il s'agit d'une *usucapio libertatis*, ne pourra l'invoquer que le propriétaire du fonds hypothéqué ; — s'il s'agit, au contraire, d'une *præscriptio longi temporis* extinctive de l'action, tout possesseur de bonne foi pourra s'en prévaloir.

Cette prescription s'accomplit par un laps de dix ou vingt ans, dix ans entre présents, vingt ans entre absents (4). Elle exige juste titre et bonne foi. Il en résulte que le débiteur et ses héritiers ne pouvaient l'opposer. (L. 15 *de div. temp. præscr.* Dig. XLIV, 3).

A partir de quel moment commencera à courir le délai de cette prescription ? C'est du jour où l'action hypothé-

(1) Le préteur, toujours favorable au détenteur qui a perdu la possession, lui accorda pour la recouvrer, même contre le créancier hypothécaire, l'action publicienne, et même une revendication utile (L. 8, pr. Code *de præscr. triq. vel quad. an.* V, 7, 39).

(2) Voir : JOURDAN, *de l'hypothèque*, ch. XLIX, p. 680.

(3) L. 4, Cod. *Si adver. cred. præscr.* VII, 36.

(4) Le créancier et le détenteur sont réputés présents dès qu'ils ont leur domicile dans la même province. (L. 12, Cod. *de præscr. long. temp.* VII, 33.

caire est née, *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Partant de cette idée que l'action hypothécaire est recevable avant même l'échéance de la dette s'il y a péril en la demeure, et c'est bien le cas ici, puisque la chose est passée aux mains d'un tiers qui est en voie de prescrire contre l'hypothèque, je crois, avec M. Jourdan (page 682), que la prescription court au profit du tiers-détenteur dès son entrée en possession, alors même que la dette ne serait point échue (1).

Lorsque les conditions requises pour la *præscriptio longi temporis* ne se trouvaient pas réunies, le tiers-détenteur ne pouvait échapper à l'action hypothécaire qui était perpétuelle ; mais l'empereur Théodose II, au V^e siècle de l'ère chrétienne, décréta la prescription de toute action personnelle ou réelle par trente ans (2). Le débiteur ou ses héritiers ne pouvaient encore se prévaloir de cette prescription *longissimi temporis*. Puis l'empereur Justin imagina un moyen ignoré du droit classique, il décréta l'action hypothécaire éteinte, même à l'égard de ces derniers, par un laps de temps de quarante ans. Justinien a réglementé définitivement la prescription de cette action dans la loi 7 au Code (l. VII, t. 39, cité). Il faut supposer la créance elle-même et l'action personnelle éteintes par la prescription de trente ans. Alors si la chose grevée est entre les mains d'un tiers détenteur, l'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ; si elle est entre les mains du débiteur, l'hypothèque survit encore pendant dix ans. Ce résultat est bizarre ; on a cherché à l'expliquer de différentes manières. Je crois qu'il est un reste de la répu gnance qu'avaient les Romains du principe de la prescription extinctive des actions personnelles. « Il leur » semblait étrange que le débiteur pût se prévaloir de la » simple négligence du créancier à le poursuivre, cela » pouvait sembler de l'ingratitude. » Jourdan, page 683.

(1) L. 14, pr. de *pign.* XX, 1. C'est à tort que l'on veut voir dans ce texte d'Ulprien une hypothèse concernant l'interdit Salvien.

(2) L. 3, Cod. de *præscr.* XXX, vel. XL, ann. VII, 39.

CONCLUSION

Nous avons assisté à la naissance de l'hypothèque à Rome et suivi son développement. Le besoin de corroborer une dette par une affectation réelle avait, nous le savons, trouvé sa première expression dans la mancipation fiduciaire. On transférait au créancier la propriété de la chose, puis on ne transféra plus que la possession. Ensuite il ne parut pas nécessaire d'enlever au débiteur la possession le jour de son engagement, il fut possible d'en retarder la remise. La notion d'un droit nouveau, différent de la propriété, différent même de la possession, qui en était cependant la base, était trouvée. Un préteur du nom de Servius sanctionne ce droit et lui donne ainsi la vie. L'innovation du préteur fait fortune et l'action par lui créée est étendue par analogie à tous les cas où par la convention seule on constitue un droit de mainmise sur une chose. Ce droit prend le nom grec d'*hypothèque*, et ainsi doué de tous les éléments nécessaires à son existence, il devient le type des sûretés réelles. Le domaine de l'hypothèque s'élargit, elle peut naître d'autres sources que de la convention. Elle se perfectionne dans sa forme et dans son essence. Dans sa première forme, elle ne donne au créancier que le droit de s'emparer de la chose soumise à sa créance, d'en revendiquer la possession. Mais elle crée de cette manière une indisponibilité. Comment désaffecter le bien dont on a la possession, si le débiteur ne paie pas. Alors, par une ingénieuse combinaison, à la convention d'hypothèque on joint une convention qui donne le pouvoir de vendre. A partir de ce moment la conception de l'hypothèque subit une transformation et le *jus distrahendi* finit par devenir un attribut essentiel du droit par lui modifié. Il réalise bien l'idée d'*obligatio rei*; c'est la chose qui, considérée comme une sorte de débiteur acces-

soire, doit procurer le paiement. L'action, sans progresser d'une manière aussi rapide, se ressent cependant de cette évolution du droit. Le demandeur devra toujours comme avant, il est vrai, demander la possession, mais le possesseur aura la faculté de payer la dette au lieu de délaisser, et cela parce que le but définitif, mais médiat, qui est le paiement et non la possession, sera atteint. Ce manque de concordance entre la demande et le résultat prouve que l'hypothèque, à Rome, ne s'est jamais débarrassée de l'idée de possession, qui est le fondement du gage; et quelque louables que fussent les intentions du législateur romain, elles venaient se briser contre ce fait brutal de la possession; et comme cette dernière ne peut exister qu'en faveur d'une seule personne, cela explique la situation avantageuse faite au créancier premier en rang. C'est ainsi qu'en droit romain le développement de l'hypothèque, quoique déjà considérable, s'est trouvé arrêté dans son essor. Il restait, pour en faire un instrument de crédit utile, à en retrancher son premier objet, la possession, à donner à tout créancier hypothécaire le droit de saisir et de vendre son gage, de réaliser, en un mot, son hypothèque. Cette réforme, elle a été opérée par le législateur moderne. Cependant, pour être juste, il faut reconnaître que cette transformation avait été au moins préparée par la jurisprudence romaine. « Les Romains, dit M. Labbé (1), ont » laissé beaucoup à faire dans la constitution des sûretés » réelles, dans l'organisation du crédit réel. Mais ils ont » ouvert la voie; ils ont eu le grand mérite de diriger le » droit, non plus vers l'attribution de la propriété au » créancier, non pas exclusivement vers l'attribution de la » possession, mais et surtout vers la préférence à exercer » sur le prix. Là est le trait de lumière qui a jailli du sein » de la jurisprudence romaine. »

(1) ORTOLAN, *Appendice X*, t. III, p. 843.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉALISATION DU DROIT HYPOTHÉCAIRE

OU DES

EFFETS DE LA PURGE

A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

BIBLIOGRAPHIE

ANCIEN DROIT.

- BASNAGE. — *Des hypothèques.*
BEAUMANOIR. — *Coutume de Beauvoisis.*
BEUGNOT. — *Assises de Jérusalem.*
HÉRICOURT. — *De la vente des immeubles par décret.*
JEAN DES MARES ou DESMARETS. — *Décisions notaires.*
GOUGET. — *Traité des criées.*
ISAMBERT. — *Recueil des anciennes lois françaises.*
LOYSEL. — *Institutes coutumières.*
MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence.*
POTHIER. — *Œuvres complètes.*
POULLAIN DU PARC. — *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne.*
RODIER. — *Questions sur l'ordonnance d'avril 1667.*

DROIT ACTUEL.

- ALAUZET. — *Commentaires du Code de commerce.*
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français.*
BOILEUX sur BOULAY-PATY. — *Des faillites.*
BOISTEL. — *Droit commercial.*
BOITARD et COLMET-DAAGE. — *Leçons de procédure civile.* — 14^e édition, 1885.

BRESSOLLES. — *Exposé des règles de droit civil sur la transcription.*
COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de droit civil.*
CARRÉ et CHAUVEAU. — *Lois de la procédure civile.*
DALLOZ. — *Répertoire de législation.*
DURANTON. — *Cours de droit français.*
ESNAULT. — *Des faillites.*
FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*
GROSSE et RAMEAU. — *Commentaire de la loi du 21 mai 1858.*
GRENIER. — *Traité des hypothèques.*
LABBÉ. — *Revue critique,* 1861.

- LAINÉ. — *Des faillites.*
LAURENT. — *Principes de droit civil.*
LOCRÉ. — *La législation civile de la France.*
LAVIELLE. — *Revue critique*, 1860.
LYON-CAEN et RENAULT. — *Précis de droit commercial.*
OLLIVIER et MOURLON. — *Commentaire de la loi du 21 mai 1858.*
MOURLON. — *Traité de la transcription* ; — *Répétitions écrites sur le Code civil* ; — *Examen critique du commentaire de M. Troplong sur les hypothèques.*
PANDECTES FRANÇAISES. — *Répertoire général*, V^o *Adjudication immobilière.*
PERSIL. — *Régime hypothécaire* ; — *Questions sur les hypothèques* ; — *Commentaire de la loi du 2 juin 1841.*
PETIET. — *Des adjudications sur surenchère* (Thèse de doctorat).
PETIT. — *Traité de la surenchère.*
PAUL PONT. — *Explication théorique et pratique du Code civil.*
RODIÈRE. — *Procédure civile.*
RAMEAU. — *Revue critique*, 1860.
SELIGMANN. — *Explication théorique et pratique de la loi du 21 mai 1858.*
TARRIBLE. — *Répertoire de jurisprudence.*
THOMINE-DESMAZURES. — *Commentaire sur le Code de procédure civile.*
TROPLONG. — *Droit civil expliqué (Privilèges et Hypothèques : Transcription).*
-

DE LA RÉALISATION DU DROIT HYPOTHÉCAIRE

OU DES EFFETS DE LA PURGE

A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

INTRODUCTION

A Rome, l'hypothèque n'était pas parvenue à se dégager complètement de l'idée de possession. Elle est restée, malgré tout, une variante succédanée du gage.

De nos jours, au contraire, elle apparaît moins comme un démembrement quelconque du droit de propriété que comme un droit spécial dont le but essentiel est, non pas de procurer au créancier qui le détient une parcelle de propriété ou de possession, mais un paiement par préférence sur le prix d'une chose.

Le créancier n'a pas de droit à l'immeuble, il ne peut, faute de paiement, se l'adjuger, il a droit uniquement à une somme d'argent, à une valeur, et l'hypothèque devra seulement réserver à son profit une somme d'argent, la valeur de l'immeuble. Si donc, par un procédé quelconque que la loi puisse à bon droit considérer comme définitif, la valeur de la chose engagée se trouve déterminée en argent, le créancier ne peut rien souhaiter de plus, et si cette somme lui est offerte, il devra s'en contenter et libérer de son obligation l'immeuble qui n'est pas tenu à davantage. A son égard, il y aura conversion du gage en une somme d'argent ; et le droit de suite, qui lui appartenait

sur la chose, changera de nature, il se transformera en un droit sur le prix ; ce sera une *réalisation*.

C'est l'étude des différents phénomènes juridiques qui ont pour but de convertir le droit sur la chose en un droit sur le prix que je me propose de faire, et c'est en ce sens qu'il faut entendre ces mots : *réalisation du droit hypothécaire*.

Ainsi comprise, l'étude de la réalisation n'est qu'une manière d'envisager la question de la purge des hypothèques. La purge, en effet, produit deux résultats principaux : l'un, en faveur du détenteur du bien grevé, c'est la libération de l'immeuble ; l'autre, au profit des créanciers hypothécaires, c'est l'affectation du prix représentatif de cet immeuble au paiement de leurs créances. On peut de plus affirmer que l'un de ces effets est le corollaire de l'autre, sa contre-partie. Toutes les fois que l'immeuble sera dégrevé par la purge des hypothèques qui l'affectaient, d'une façon correlative, il y aura réalisation du droit des créanciers, c'est-à-dire conversion du droit qui leur appartenait sur l'immeuble, en un droit ferme au prix.

Nous n'entrerons donc pas dans tous les détails de la purge des hypothèques en droit français, nous en constaterons seulement les effets à l'égard des créanciers munis d'hypothèques, faisant ainsi l'étude de la réalisation du droit hypothécaire.

Dans le droit actuel, la purge s'opère de plusieurs façons différentes. Elle résulte, d'une manière directe, des formalités qui ont pour objet d'obtenir une détermination du prix d'après un débat contradictoire entre le détenteur de l'immeuble hypothéqué et le créancier hypothécaire ; mais ce débat peut être antérieur à l'aliénation de l'immeuble, comme dans l'hypothèse des ventes sur expropriation forcée, ou postérieur, comme dans l'hypothèse des autres aliénations à titre particulier, notamment dans les ventes volontaires. Elle résulte aussi d'une manière indirecte, de l'adjudication sur surenchère dans une vente volontaire opérée en justice ; c'est alors l'hypothèse de la

purge virtuelle, indépendante de tout concours de volonté de la part du créancier. Enfin, dans une matière toute particulière, elle résulte d'une procédure spéciale qui n'a rien de semblable avec celle du droit commun ; c'est le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Nous aurons rempli le cadre que nous nous sommes tracé, en traitant *des effets de la purge à l'égard des créanciers hypothécaires* dans ces différentes hypothèses.

Point n'est besoin de nous occuper de la purge privilégiée réservée au Crédit Foncier, improprement appelée du nom de purge ; car elle n'a pas pour but de réaliser le droit hypothécaire, de substituer un prix à l'immeuble hypothéqué, mais seulement de mettre en demeure les créanciers à hypothèque légale de s'inscrire sous peine de voir leur hypothèque primée par celle de cette société.

Nous diviserons notre sujet en deux parties. Dans la première, nous traiterons de la réalisation dans l'ancien droit et des modifications successives introduites en cette matière par le droit intermédiaire et la législation moderne. Dans la seconde, nous étudierons la réalisation dans le droit actuel, ou les effets de la purge à l'égard des créanciers hypothécaires dans les ventes forcées, les ventes volontaires et l'adjudication sur surenchère, et dans la matière toute spéciale de l'expropriation pour cause d'utilité publique.



PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

RÉALISATION DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ; MODIFICATIONS INTRODUITES PAR LE DROIT INTER- MÉDIAIRE ET LA LÉGISLATION MODERNE

SECTION I

ANCIEN DROIT.

Dans le droit romain, la réalisation de l'hypothèque et du gage avait lieu au moyen de la vente de la chose grevée lorsque le créancier était entré en possession de cette chose à l'aide de l'action *quasi-servienne*. L'exercice du *jus distrahendi* éteignait ainsi l'action réelle des créanciers hypothécaires, qui n'avaient plus que le droit de réclamer au créancier *prior in tempore*, le *superfluum* ou *hyperocha*, c'est-à-dire le reliquat du prix de vente, s'il y en avait un (1). Mais tout créancier hypothécaire n'avait pas le droit de procéder à la vente, ni même de la provoquer ; le premier créancier seul possédait ce droit et était libre de l'exercer au moment qu'il voulait. Les autres n'avaient qu'un moyen, c'était de le désintéresser en usant du *jus offerendæ pecuniæ*, auquel cas ils se trouvaient subrogés à

(1) L. 24, § 2, Dig. de *pign. act.*, l. XIII, t. VII.

son lieu et place, et jouissaient des avantages attachés à sa priorité (1).

Quant aux formes de la vente, aucune n'était imposée au créancier. Il pouvait vendre même de gré à gré et sans l'autorisation du magistrat. Tout ce qu'on pouvait lui demander, c'était d'agir de bonne foi, c'est-à-dire de faire son possible pour tirer du gage un juste prix (2). Les droits des créanciers postérieurs étaient donc sacrifiés. Cela résultait de l'idée que les Romains s'étaient faite de l'hypothèque, qu'ils considéraient comme une variante du gage ; primitivement même il leur avait semblé anti-juridique de constituer des hypothèques au profit de plusieurs créanciers sur une même chose, et ne finirent-ils par valider les hypothèques postérieures qu'en les regardant comme conditionnelles, comme faites sous la condition que le premier créancier serait désintéressé. Cependant, lorsqu'elles furent sanctionnées, le premier créancier fut moins libre dans la disposition du bien hypothéqué ; la vente qu'il en faisait était surveillée de plus près. Aussi, pour mettre à couvert sa responsabilité, le créancier vendeur faisait parfois annoncer la vente par affiches, et adjugeait aux enchères. L'adjudication avait alors lieu sous l'autorité du préteur, *sub hastā*, parce qu'on plantait une pique dans les lieux où s'ouvraient les enchères ; de là le nom de *subhastatio* sous lequel ces ventes étaient désignées. Les effets produits étaient plus puissants. Les autres créanciers, ainsi mis en demeure, par les affiches, d'exercer le *jus offerendæ*, étaient considérés, s'ils ne le faisaient valoir, comme renonçant à leur hypothèque et à leur droit sur la chose vendue, qui se trouvait ainsi comme purgée de toutes les hypothèques (3). Mais cette solennité de la vente n'était pas une condition exigée pour sa validité. Il est même à remarquer qu'une vente qui entraînait

(1) L. 5. Dig. de *distract. pign.*, l. XX, t. V.

(2) L. 4. Code, de *distract. pign.*, l. VIII, t. 28.

(3) L. 6. Cod., de *remiss. pign.*, l. 8, t. 20.

des effets aussi graves, devait être rare chez les Romains ; en tous cas, elle était l'exception ; la règle était la vente amiable par le créancier *prior*. Ici l'hypothèque n'était pas éteinte de plein droit ; le tiers-acquéreur qui tenait la chose du premier créancier n'avait, pour paralyser les poursuites des créanciers postérieurs, que l'exception *Nisi ab eo res emptā est cui ante erat obligata* (1).

Cependant, dans un cas spécial il est vrai, l'acquéreur se trouvait *de plano* à l'abri des revendications des créanciers hypothécaires, c'était lorsqu'un bien était vendu par le fisc ; la vente, en effet, valait purge des droits de gage et d'hypothèque et donnait à l'acquéreur une sûreté absolue. « *Venditionem ob tributorum cessationem factam re-
» vocari non oportet, neque priore domino pretium offe-
» rente, neque creditore ejus jura hypothecæ sive
» pignoris prætendente* (2).

Dans ce texte, nous trouvons aussi la base d'un autre principe qui constituait une dérogation au droit commun à Rome : les ventes du fisc étaient de plein droit subordonnées à la survenance d'une surenchère faite dans un certain délai, *neque priore domino pretium offerente*. Dans les autres ventes, il ne pouvait y avoir de surenchères, ou *adjectiones*, que si le vendeur avait joint au contrat un pacte d'*addictio in diem*, auquel cas il se réservait de reprendre le bien vendu, si dans tel délai, il en trouvait un meilleur prix. C'était donc une vente sous condition utile au propriétaire qui vendait sa chose à un mauvais moment ; mais jamais les juriconsultes romains n'ont pensé faire intervenir la surenchère dans l'intérêt des créanciers pour que la chose hypothéquée atteignit sa vraie valeur et comme corollaire de la purge de leurs hypothèques.

L'ancien droit français, élargissant considérablement la loi 6 au Code (*de remiss. pign.*) fit des dispositions toutes

(1) L. 48 pr. Dig. *qui potior.*, liv. XX, tit. IV.

(2) L. 1. Code, *si propter publicas*, l. IV, t. 46.

exceptionnelles du droit romain chez nous les règles du droit commun.

Cette évolution dans l'exercice du droit hypothécaire s'opéra sous l'influence des coutumes qui, au moyen âge, constituèrent en France l'élément le plus important du domaine juridique.

Lorsque vers le douzième siècle, on admit l'expropriation forcée des immeubles et leur adjudication malgré le débiteur (1), le créancier qui voulait réaliser son droit d'hypothèque dut faire saisir réellement le bien hypothéqué et procéder à une adjudication par décret. Mais l'effet produit par cette adjudication est considéré par la coutume, par l'usage, comme absolu, opposable à tous les créanciers qui ont des droits réels sur la chose. Une règle générale s'établit dans la majorité des coutumes. Elle trouve son expression dans une maxime de Loysel « *Décret* » *forcé nettoie toutes hypothèques et droits, fors les censuels et feudaux* (2). » Il faudra donc donner à ceux qui ont des droits le moyen de les conserver. L'usage s'établit alors d'entourer la vente d'une grande publicité, de faire des criées et proclamations, dans le but d'avertir quiconque prétendrait avoir des droits réels; pour plus de garanties le prix est fixé aux enchères publiques et l'immeuble adjugé au plus offrant et dernier enchérisseur; — on ne s'arrête pas là; cette première adjudication n'est que conditionnelle, sauf délai de quinzaine en général, et dans ce délai, tout le monde a le droit d'offrir un prix plus élevé de l'immeuble, de surenchérir, comme on dit maintenant. C'est alors que la loi, interprétant dans son sens le plus large le texte romain (loi 6, au Code déjà citée), présume comme ayant renoncé à son hypothèque, le créancier qui n'a pas

(1) Le premier texte qui en parle est, semble-t-il, le *Livre de Jean d'IBelin* (chap. 185). — (Voir BEUGNOT, *Assises de Jérusalem*, t. 1^{er}, p. 289), et Beaumanoir dit à son tour : « Si (le mobilier) ne pot souffire; adont » le doit-on contraindre qu'il ait vendu de son héritage dedens quarante » jors; et puis lueques s'il n'a rendu, li sires doit vendre et garantir la » vente, ou as créanciers ou as autres. » (54, 9.)

(2) *Institutes coutumières*, liv. VI, t. V, max. XV.

daigné intervenir lorsque se déroulaient toutes les phases d'une procédure aussi notoire. Elle donnait à tous ceux qui avaient des droits le moyen de les faire valoir, de les conserver. Elle permettait ainsi aux prétendant-droit de se soustraire à la déchéance encourue par le décret, en formant des oppositions à fin de distraire, de charge ou de conserver, suivant qu'ils avaient à faire valoir un droit de propriété, de servitude ou autre charge réelle, ou un droit d'hypothèque. Cette opposition afin de conserver produisait un effet remarquable, elle agissait de façon à transformer le droit qui existait sur le bien grevé en un droit sur le prix ; elle réalisait donc le droit hypothécaire, et par contre dégrevait l'immeuble, le purgeait de ses hypothèques.

Le créancier hypothécaire n'avait pas le droit de se plaindre. Pour l'avertir de la déchéance qui le menaçait, le mettre en demeure de veiller à la réalisation la plus avantageuse de son gage, quel meilleur moyen, à cette époque où les voies de communication étaient rares, où la vie se concentrait autour du clocher, où les relations de débiteur à créancier ne s'éloignaient pas d'un horizon très restreint, quel meilleur moyen, dis-je, que les formalités du décret !

Avant la vente, on faisait des criées à la porte de l'église, « aux jours des dimanche et issue des grandes » messes paroissiales (1), » dans chaque paroisse où il y avait des biens assis. L'usage les avait en général établies au nombre de trois à l'issue de la grand'messe par trois dimanches consécutifs ; — puis il s'en faisait une quatrième au marché, et une publication avait lieu au prône par le recteur de la paroisse du principal manoir (2). D'ailleurs leur nombre, jamais inférieur à quatre, et l'intervalle entre chaque crieé variaient suivant les coutumes. En Normandie, aux termes de l'art. 140 des placités de

(1) *Edit des criées* de Henri II, du 5 septembre 1551. — ISAMBERT, *Recueil des anciennes lois françaises*.

(2) *POULLAIN DU PARC*, t. X, p. 630, n° 12.

cette province, les criées d'abondant devaient se faire au moins quinze jours avant l'adjudication.

Indépendamment des criées, on posait aussi des affiches à la porte de l'église, afin « que tous ceux qui voudraient » former opposition aient à le faire dans le moment ou au » greffe du juge d'autorité de qui la saisie est faite (1) ».

Puis le poursuivant faisait vider les oppositions ; à cet effet, il obtenait du juge un jugement appelé *sentence de congé d'adjuger* (2) ; et quarante jours après, au minimum, on procédait à l'adjudication. Des affiches l'annonçant étaient apposées en trois endroits, savoir : « à la porte de » l'auditoire du juge qui a ordonné la vente, à la porte du » principal manoir de la situation des biens, et à la porte » des églises paroissiales des lieux où ces biens étaient » assis. Lecture et publication de ces affiches était donc » née à la porte de l'église paroissiale le dimanche, à » l'issue de la messe (3) ». Et l'immeuble vendu n'était adjugé que *sauf quinzaine*, c'est-à-dire que si, durant ce délai, il se présentait un nouvel enchérisseur, l'adjudication était non avenue. C'était la surenchère, mais rarement employait-on cette expression ; on appelait ces offres, enchères, qu'elles fussent postérieures ou antérieures à l'adjudication. En Normandie existait une coutume différente appelée *enchère au profit commun et particulier* ; d'après l'art. 582 de la coutume de cette province, une surenchère pouvait toujours avoir lieu, même sur la seconde adjudication, même sur une surenchère qui s'était déjà produite, et sur une seconde, et ainsi de suite (4).

Deux principes donnaient toute cette procédure du décret. C'est qu'en raison des effets puissants qu'il produisait, il fallait d'abord par une grande publicité avertir tous les intéressés de veiller à la conservation de leurs droits ; il fallait ensuite, dans l'intérêt de tous, que le prix

(1) RODIER. — *Questions sur l'ordonnance d'avril 1667*, p. 604

(2) *Edit de 1551*, art. 5. — *Coutume de Paris*, art. 359.

(3) *Déclaration du 11 janvier 1736*, art. 41.

(4) POTHIER, *Procédure civile*, n° 612.

atteignît, autant que possible, la valeur véritable de la chose mise en vente. Et sous ces conditions, la propriété passait libre et affranchie de tout droit réel, de toute cause de revendication, entre les mains de l'acquéreur.

Voilà le vrai motif de la règle : « Décret forcé nettoie » toutes hypothèques et droits réels ». On en a donné un autre, mais secondaire à mes yeux ; c'est celui de nos anciens auteurs. « On ne peut rendre d'autre raison de » cette règle qui paraît rigoureuse, dit Héricourt, sinon » qu'il est de l'intérêt public que ceux qui ont acquis des » biens sur la foi de la justice, ne puissent être inquiétés » sous quelque prétexte que ce soit, ni que ceux qui ont » touché en conséquence d'un jugement ce qui leur était » dû, soient obligés, plusieurs années après, de rapporter » ce qu'ils ont reçu (1) ». De même Pothier : « Le décret » purge tous les droits de même que toutes les hypothèques, car la foi publique, *fiscalis hastæ fides*, doit » l'emporter sur la faveur des personnes (2) ».

Non, si le décret purgeait ainsi les hypothèques, c'est qu'il renfermait des formalités dont le but était de mettre, sous peine de déchéance, les intéressés en demeure de faire valoir leurs droits, de porter l'immeuble à sa vraie valeur ; en un mot, dans notre espèce, de déterminer le prix du bien grevé à l'encontre de tous les créanciers hypothécaires, c'est-à-dire de réaliser leurs droits. Par cette procédure du décret, on était arrivé à dégager l'immeuble des droits qui le grevaient en les transportant sur le prix où ils devaient s'exercer suivant leur nature ou leur rang ; on avait dans la matière hypothécaire accompli sur ce point la réforme déjà commencée par les jurisconsultes romains.

Cette règle, que le décret forcé purgeait les hypothèques,

(1) HÉRICOURT. — *De la vente des immeubles après décret*, ch. VIII, n° 19.

(2) POTHIER. — *Coutume d'Orléans*, introduction au titre XXI, § 15, nos 113 et 114.

était très ancienne ; elle s'était glissée dans la généralité des coutumes et fut proclamée dans les édits royaux.

Déjà Jean Des Mares, ou Desmarets, au treize siècle, s'exprimait ainsi dans ses décisions notoires, n° 188 : « Quand aucun héritage est crié par justice et vendu par » décret et par criées, ceux qui y ont aucun droict si doi- » vent opposer, et se ils ne si opposent, ils perdent le » droict qu'ils y ont » ; et dans sa deux cent vingtième décision : « Se une meson o une pièce de terre est criée » par quatorzaines, par vertu d'obligacion souffisante et » décret valable, toutes debtes et obligations personnelles, » voire hypothécaires, contractées sur icelle maison ou » pièce de terre, pour cause d'aucune debte à payer à une » fois, s'en vont avec toute autre obligation tellement que » l'on en puet faire question, et *est sueur l'acheteur*. » Enfin, dans sa décision n° 390 : « Mais que seroit, se aucuns créan- » ciers disoient et prouvaient qu'ils étaient absens quand » lesdits exploits se fesaient. Je répons que rien ne leur » vaudrait, quar ils pouvaient et devaient laisser procu- » reur ».

Le même principe est consacré dans le préambule des « *Lettres du Roi* » du 27 mai 1424 (1). Et ycelles criées « faites et parfaites tous ceux qui à ycelles ne s'opposent » dedens le dit temps, perdent tout tel droict qu'ils ont et » pevent avoir sur ycelles maisons. »

Certaines mesures sont prises pour faire connaître aux tiers ces criées : « Pour obvier . . . à ce que ung chacun, » en ce qui dit est, ayant intérêt, puissent avoir cognois- » sance d'icelles criées, nous avons ordonné et ordon- » nons que, en faisant les dites criées et chacune d'icelles, » seront faictes les croix que l'on a accoustumé de faire en » tel cas ; — et avec ce y sera mise d'abondance une ban- » nière apparente au front ou pignon principal d'icelles » maisons, où il y aura escript que la maison est criée » par vertu du dit privilège ; et n'y seront outres faites

(1) ISAMBERT. — *Anciennes lois françaises*, t. 8, p. 687.

» les dites croix selon les dites criées, laquelle bannière y
» demourra pendant ycelles criées. »

Il est reproduit dans l'ordonnance de Henri VI, du 31 juillet 1428, art. 12 (1) : « Et se durant les dites criées
» aucuns qui y aüroit droit de ypothèque ou obligacion,
» rente ou autre charge ne s'opposent, ils seront privés et
» déboutez de leurs ypothèques et obligacions, rente ou
» autres charges d'icelle rente, et sera la dite rente déli-
» vrée au chastellet franche au dit propriétaire... » ; —
dans l'art. 29 de l'ordonnance de novembre 1441 (2) ; —
dans les articles 11 et 13 du fameux Edit de 1551, appelé
l'Edit des criées ; et enfin dans le préambule et l'art. 6 de
l'Edit de juin 1771 (3).

Il avait été adopté dans la plupart des coutumes : « Il
» convient, dit la coutume de Senlis, art. 276, que les
» créanciers propriétaires de rentes ensaisinées et inféo-
» dées, ou de celles qui ne sont ensaisinées, s'opposent,
» si bon leur semble, aux dites criées, avant l'adjudica-
» tion et scellé du décret, ou s'ils ne s'opposent, ils per-
» dront leur droit de rente et hypothèque, tant pour le
» principal que pour les arrérages sur les dits héritages
» criez et sur celui à qui ils auront été obligés. » — De
même s'expriment les coutumes de Poitou (art. 444) ; —
Meaux (art. 120) ; — Melun (art. 338) ; — Châlons (art.
149) ; — Chauny (art. 65) ; — Orléans (art. 480).

« L'héritage adjugé par décret, dit Pothier, est trans-
» féré à l'adjudicataire avec les seules charges exprimées
» par l'affiche ; le décret purge toutes les autres et éteint
» tous les droits de propriété et autres droits réels que des
» tiers auraient pu avoir dans cet héritage (4). »

(1) ISAMBERT, t. 8, p. 742.

(2) ISAMBERT, t. 9, p. 94.

(3) ISAMBERT, t. 22, p. 530.

(4) POTHIER. — *Traité de la proc. civ.*, partie 4, chap. 2, sect. 5, ar.
11, § 8. — Voir encore sur ce point : *Coutume de Douai*, art. 5 du chap.
131. — GOUGET. *Traité des criées*, chap. 4, pag. 354. — BASNAGE. — *Des
hypothèques*, ch. 16, p. 380.

Mais ces effets puissants du décret forcé ne furent pas admis dans toutes les coutumes, ainsi dans la Bresse, le Bugey, le Dauphiné et le Béarn. Dans ces pays, pour conserver ses droits, point n'était nécessaire de faire des oppositions. En Normandie, l'art. 578 de la coutume portait que le décret ne purgeait pas les rentes foncières; cependant, le défaut d'opposition y faisait perdre le droit aux arrérages échus. Cette restriction existait aussi dans les coutumes de Châlons (art. 149), de Troyes (art. 127), du Maine (art. 489), de l'Anjou (art. 486).

En Flandre et en Artois, il n'y avait de purgé par le décret que les hypothèques, les autres droits réels et ceux de propriété subsistaient (1).

Cependant, à part ces exceptions, Loisel avait pu dire : *Décret forcé nettoie toutes hypothèques et droits, fors les censuels et feudaux.*

Cette règle était même plus spécialement vraie pour les hypothèques, qui forment seules le sujet de notre étude.

Les effets du décret étaient absolus, ils se produisaient à l'égard de toute personne, même des mineurs, des gens d'église et des absents, à la condition que les formalités exigées aient été observées ; ces dernières étaient donc la condition *sine qua non* de la purge (2).

Les créanciers qui avaient des hypothèques devaient donc surveiller leur gage et faire en temps utile une opposition à fin de conserver ; car alors, nous dit Pothier (3), « le saisissant et les opposants ne conservaient de droits « que sur le prix consigné qui devait leur être distribué « selon l'ordre de leurs hypothèques. »

Dans l'opposition se trouve donc renfermé le principe de la réalisation du droit hypothécaire ; la purge de l'im-

(1) MERLIN, Répertoire. Vo *Décret d'immeubles*, § 6, p. 375.

(2) Art. 444 de la *Coutume de Poitou*. — Voir BOURJON, *Droit commun de la France*, t. 2, p. 755 ; — POTHIER, *Coutume d'Orléans*. Introduction au tit. 21, § 15, n° 113 ; — HÉRICOURT, *Vente d'immeubles par décret*, chap. VIII, n° 7 ; — MERLIN, Rép. Vo *Opposition aux criées*, § III, n° 2, p. 788.

(3) *Coutume d'Orléans*, *ibid.* n° 112.

meuble, c'est-à-dire son affranchissement des droits réels qui le grévaient, en apparaît seulement comme la conséquence ; car, n'oublions pas que si le décret produisait cet effet puissant de nettoyer l'immeuble, c'est qu'on considérerait l'intéressé, mis en demeure par les formalités du décret de s'y opposer, comme négligent, comme ayant renoncé à son hypothèque, s'il n'avait pas daigné intervenir pour conserver ses droits dans une procédure aussi notoire.

On pouvait en général former cette opposition même après l'adjudication, et jusqu'à ce que le décret fût scellé ; *l'on se peut opposer sur le prix entre l'adjudication et le décret* (1). C'est la solution de la coutume de Paris (art. 356) et de plusieurs autres (2). Dans les coutumes de Valois (art. 187) et de Verdun (XV, 25), les oppositions ne sont recevables que jusqu'à l'adjudication.

En Normandie les créanciers sont admis à s'opposer même après l'ouverture de l'état, c'est-à-dire après qu'on a commencé à faire l'ordre et la distribution du prix, mais alors l'opposant doit payer les dépens du retard, et ne peut être payé qu'après ceux qu'on a mis en ordre avant son opposition, quoique ceux-ci soient postérieurs en hypothèque.

En Bretagne, on admet les oppositions sur les deniers jusqu'à la fin de la distribution et même la distribution consommée, quoique le créancier ne se soit opposé ni aux bannies, ni aux criées. (Merlin, loc. cit.).

Ces oppositions avaient pour effet de faire colloquer le créancier sur le prix à provenir des biens saisis pour le capital qui lui était dû. Elles transformaient le droit hypothécaire du créancier en un droit sur le prix. Par elles l'effet de l'hypothèque était produit, la réalisation du droit s'était opérée ; il ne restait plus qu'à déterminer, au

(1) LOISEL, liv. VI, t. V, max. XVII.

(2) MERLIN. — Répertoire. V^o *Opposition aux criées*, § 3, n^o V, p. 789. Dans la Coutume de Paris, le décret devait rester vingt-quatre heures es-mains du scelleur avant que le sceller.

moyen de l'adjudication, lorsqu'elle n'avait pas encore eu lieu, l'objet de cette réalisation quant à sa quotité, c'est-à-dire la valeur en argent représentative des biens grevés.

Les ventes par décret étaient alors le seul moyen en usage dans presque toute la France pour liquider une situation hypothécaire. Mais pour poursuivre ainsi la vente sur saisie, ou bien faire des oppositions, il fallait soit être créancier, soit avoir des droits réels quelconques sur la chose. Or il se rencontrait une personne dont la situation, digne d'intérêt, était cependant pleine de dangers qu'elle ne pouvait ni prévoir, ni éviter, c'était le tiers qui avait acquis un bien susceptible d'hypothèque soit à l'amiable, soit dans une vente autre que par décret. En effet, comme les hypothèques n'étaient soumises à aucune formalité de publicité, comme elles pouvaient surgir inopinément, il lui était impossible de payer son prix au vendeur, sans s'exposer à payer une seconde fois, ou à délaisser l'immeuble aux créanciers hypothécaires.

Le besoin se faisait sentir d'un moyen qui permit au tiers-acquéreur de purger lui-même les droits réels qui viendraient à grever l'immeuble acquis. La pratique, toujours pleine de ressources, avait imaginé de procéder ainsi. Le décret forcé purgeait les droits réels, et notamment les hypothèques, nous venons de le voir; alors on avait eu l'idée, pour arriver au même résultat, de simuler une vente par décret : c'était le *décret volontaire*. Pour y parvenir, on passait une obligation en brevet d'une somme exigible au profit d'un tiers qui en donnait à l'instant une contre-lettre, et, en vertu de cet acte d'obligation emportant hypothèque, le créancier supposé faisait saisir réellement et poursuivait la vente avec toutes les formalités et solennités du décret-forcé. C'est alors que les créanciers et prétendant-droit étaient tenus de se faire connaître, et que leurs oppositions étaient vidées, ou leurs créances payées jusqu'à concurrence du prix. Mais il pouvait se faire que l'adjudication ait été faite à un prix plus élevé que le prix du contrat, on décidait dans ce cas que le ven-

deur ne pouvait pas pour cela exiger plus que le prix porté par le contrat, mais que les créanciers opposants pouvaient obliger l'adjudicataire à payer le prix d'adjudication, parce que le contrat ne faisait pas leur loi (1) ; nous voyons là l'application de la règle qui veut que, pour que le prix soit opposable aux créanciers hypothécaires, il soit déterminé contradictoirement à leur égard.

L'emploi du décret volontaire doit remonter au XVI^e siècle, et Grenier prétend qu'il a été introduit à l'exemple de l'*appropriance* de la Coutume de Bretagne (2). Mais en Bretagne, le droit de purger résultait de la loi, de la Coutume, tandis que dans les autres parties de la France, le décret volontaire résultait d'un pacte fait par les parties au moment de la vente ; Loysel le laisse entendre dans sa maxime 539, lorsqu'il dit qu'une adjudication ne peut être faite « pour nettoyer les hypothèques, qu'en vertu d'une » convention portée par le contrat de vente ; » — Bruneau se montre encore plus explicite : « Le décret volontaire, dit-il, se fait, lorsqu'un acquéreur d'héritage a » stipulé par son contrat d'acquisition, que pour sa sûreté, » il pourra sur lui faire décréter à ses frais les biens qu'il » acquiert, dans un temps limité par le contrat, qui est » ordinairement de six mois, pour purger les hypothèques » de son vendeur sur les biens acquis (3). »

Mais on ne tarda pas à sous-entendre cette convention dans tous les contrats de vente, et l'institution du décret volontaire, envisagé comme mesure légale, fit son apparition dans les coutumes (art. 79 et 84, *Coutume de Paris* ; — 115 et 116, *Cout. d'Orléans*).

Le prix de la vente volontaire formait la mise à prix du décret, et les créanciers hypothécaires pouvaient s'en contenter ; autrement, ils avaient le droit de surenchérir ; on appelait cela *forcer le décret*. Cette faculté n'était établie que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires.

(1) MERLIN, Répert. Vo *Décret d'immeubles*, § 1, p. 367.

(2) FENET, t. XV, p. 482.

(3) *Traité des criées*, 1^{re} partie, chap. XX, pag. 185.

Voilà, dans les règles du décret volontaire, le principe de notre procédure de purge avec les effets de la surenchère du dixième ; le créancier, averti, doit surveiller la vente de son gage et possède au besoin la faculté de surenchérir pour porter l'immeuble à sa vraie valeur.

Le décret volontaire n'était pas usité partout.

En Bretagne, il était remplacé par une formalité de la plus grande ancienneté, l'*appropriance* ou *appropriement*. L'art. 269 de la coutume de Bretagne en pose le principe et les règles fondamentales.

L'acquéreur devait faire trois bannies, ou publications, tant du contrat de vente que de la prise en possession, par trois dimanches consécutifs, déclarant qu'il entendait s'*approprier* le bien acquis. Ces bannies équivalaient aux criées du décret, et laissaient aux créanciers hypothécaires du vendeur soit le droit de faire des oppositions sur le prix de vente, soit celui de surenchérir et se faire adjudger le domaine. Lorsqu'il n'y avait pas eu d'opposition ni de surenchère, le juge donnait acte de la certification des bannies et l'acquéreur était déclaré bien et dûment approprié. L'effet principal de ces formalités était de lui assurer la propriété libre et incommutable de la chose. L'*appropriance* purgeait ainsi les hypothèques et les droits réels d'une façon analogue au décret forcé.

En Belgique et dans le ressort du parlement de Flandre, une formalité, appelée *Purge*, avait été établie par l'art. 36 de l'édit perpétuel donné en 1611 par les archiducs Albert et Isabelle. L'acquéreur qui craignait pour sa sécurité obtenait soit du conseil privé de Bruxelles, pour la Belgique, soit des officiers de la chancellerie de Lille, pour la Flandre, des *lettres de purge* ; il devait alors consigner le montant de son prix d'achat es-mains du depositaire public du siège où les lettres étaient adressées, puis faire faire des publications tendant à mettre en demeure ceux qui avaient des réclamations à faire ; — enfin, on procédait à l'entérinement des lettres de purge, et

l'effet produit était d'affranchir l'immeuble de toute charge hypothécaire (1). Il est bon de remarquer qu'en Flandre, où le décret forcé n'avait pas la vertu de purger la propriété, ni les charges foncières, mais seulement les hypothèques, il en était de même des lettres de purge.

Ce furent longtemps les seuls modes que l'on connût en France. Mais les décrets volontaires, dont les formes étaient trop dispendieuses, furent enfin remplacés par les *lettres de ratification*, à l'exemple des lettres de purge de Belgique. La réforme fut accomplie par l'édit du mois de juin 1771 (2).

Les lettres de ratification diffèrent au point de vue de la forme des décrets volontaires, mais au fond elles produisent les mêmes effets. L'Edit (art. 1) créa pour l'expédition de ces lettres une chancellerie dans chaque bailliage et sénéchaussée, avec des officiers investis du sceau (art. 10). L'acquéreur devra déposer son contrat d'acquisition au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée dans le ressort duquel sont situés les immeubles vendus ; et dans les trois jours du dépôt, le greffier sera tenu d'insérer dans un tableau placé dans l'auditoire, un extrait du contrat contenant la translation de la propriété, le prix, les charges et conditions, extrait qui devra rester exposé pendant deux mois (art. 8). Durant ce temps, tous les créanciers privilégiés, hypothécaires et même chirographaires des précédents propriétaires devaient former opposition au sceau des lettres de ratification entre les mains d'un conservateur *ad hoc*, appelé conservateur des hypothèques, et faute de le faire, l'immeuble était purgé irrévocablement des privilèges et hypothèques (art. 7) (3).

Tout créancier d'un précédent propriétaire avait le droit, pendant les deux mois, de surenchérir, en fournis-

(1) *Coutume de Tournai*, chap. 7 ; — *Cout. de Lille*, tit. 24.

(2) ISAMBERT, *Anciennes lois françaises*, t. 22, p. 530.

(3) L'hypothèque des femmes sur les biens de leur mari et celle des enfants sur les biens de leur père pour raison de douaires non ouverts, n'étaient point purgées par les lettres (art. 32 de l'Edit).

sant caution, du dixième du prix porté au contrat, ou du vingtième en cas de surenchère déjà formée par un autre créancier (art. 9). Après les deux mois d'exposition, les lettres de ratification étaient scellées et expédiées au tiers-acquéreur à la charge des oppositions existantes ; et le prix était distribué aux créanciers suivant leur privilège ou le rang de leur hypothèque ; le surplus était distribué par contribution aux créanciers chirographaires opposants par préférence aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui avaient négligé de faire opposition (art. 26, 27, 19).

Telle était l'économie de l'Edit. Il est l'origine de notre procédure de purge. De plus, il a créé les conservateurs des hypothèques et défini leur rôle (1).

Je doute que cet édit ait produit des résultats bien satisfaisants. Certes l'adjudicataire qui a obtenu les lettres est bien protégé et à l'abri d'éviction ; mais les intérêts de ceux qui ont des droits sur l'immeuble me semblent peu ménagés. L'exposition du contrat dit Merlin (2), équivaut pour les créanciers à une interpellation : — elle les met en demeure, ils ne peuvent plus prétexter de cause d'absence ou d'ignorance ; et s'ils ne forment opposition, leur négligence est comparée à la fraude, et l'ignorance qu'ils allégueraient est, aux yeux de la loi, si *crasse*, qu'elle est intolérable. Il est permis de ne pas être convaincu et de croire qu'une simple exposition pendant deux mois dans un greffe soit une mesure d'avertissement bien médiocre ; c'est obliger les créanciers hypothécaires à trop de diligence ; il leur faut, pour leur sécurité, consulter au moins une fois tous les deux mois les tableaux du greffe où sont situés les biens affectés à leurs créances. A ce point de vue, les criées du décret forcé, les bannies de l'appropriation en Bretagne, et les publications des lettres de

(1) Cependant l'idée première de l'institution des conservateurs remontait à l'édit de Colbert du mois de mars 1693, n° 43, édit qui ne fut mis à exécution que pendant un an, puis rapporté sur les menées des nobles endettés, dont il ruinait le crédit en organisant la publicité des hypothèques.

(2) Répert, Vo *hypothèques*, sect. 1, § XIII, n° VIII.

purge en Flandres étaient préférables. Aussi l'Edit de 1771 ne fut-il pas exécuté dans ces dernières provinces.

L'ancien droit avait donc organisé un système hypothécaire qui était loin d'être parfait ; mais au moins il avait eu le mérite de poser les bases de la réalisation du droit hypothécaire au moyen des oppositions sur le prix à provenir des adjudications par décret, et de la nouvelle procédure des lettres de ratification, c'est-à-dire de la purge volontaire, distincte du décret.

SECTION II

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Un principe nouveau s'est dégagé, c'est l'établissement d'un droit unique pour toute la France succédant à la diversité des coutumes. La caractéristique juridique de cette époque est la refonte toute entière du régime hypothécaire.

En ce qui nous concerne, nous trouvons les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII.

La réforme du régime hypothécaire était à l'ordre du jour. L'Assemblée constituante avait renvoyé à l'Assemblée législative les projets de réforme qui lui avaient été soumis. Enfin on aboutit, sous la Convention, à la loi du 9 messidor an III.

§ 1^{er}. — *Loi du 9 messidor an III.*

Cette loi, composée de 279 articles, forme un code complet de la matière. Son application devait commencer le premier nivôse an III ; mais successivement prorogée, elle fut définitivement ajournée par la loi du 28 vendémiaire an V, si bien que jamais elle ne fut mise à exécution.

Cette loi établit deux principes admis aujourd'hui dans toutes les législations :

1^o La publicité des hypothèques (art. 3) ;

2^o Et comme corollaire, la publicité des transmissions de biens immobiliers (art. 105).

Elle donnait également, dans cet article 105, au détenteur, le moyen de purger, dans les aliénations volontaires, les hypothèques qui grevaient la chose.

« En toute expropriation volontaire, onéreuse ou à titre

» gratuit, dit la loi, celui au profit duquel elle est consen-
» tie ne peut devenir propriétaire incommutable des biens
» territoriaux qui en sont l'objet que sous les deux condi-
» tions suivantes : 1° de notifier et déposer expédition de
» son contrat dans le mois de sa date, à chaque bureau de
» la conservation des hypothèques dans l'arrondissement
» duquel les biens sont situés ; 2° de payer et acquitter
» dans le cours du mois suivant toutes les créances hypo-
» thécaires et cédules du fait de son auteur, ayant une
» date antérieure, ou de déposer leur montant à la caisse
» du receveur du district, en présence du conservateur, ou
» lui dûment appelé, et en outre de faire l'avance de la
» radiation des inscriptions et cédules sauf son re-
» cours (1) ».

Les créanciers hypothécaires ne pouvaient se plaindre, puisque toutes les hypothèques inscrites devaient se trouver remboursées sur le prix, qu'en principe elles ne pouvaient dépasser, le conservateur étant responsable de l'évaluation qu'il avait donnée de la propriété. Leur droit était ainsi réalisé d'une manière prompte et efficace.

Dans les adjudications sur saisie, cette même loi, animée d'un esprit de simplification très avancé et de réaction contre les formalités trop compliquées du décret forcé, avait tracé une procédure fort rapide qui n'en produisait pas moins les effets puissants du décret, en opérant la purge de toutes les hypothèques, et même des droits de propriété et d'usufruit (art. 149 et 159).

Il n'a pas été donné de voir et d'apprécier les résultats pratiques de cette réforme du régime hypothécaire. La loi de messidor an III ne fut jamais expérimentée. On avait des inquiétudes sur la rapidité de la procédure des expropriations forcées, qui, sous prétexte de réaliser plus promptement le droit des créanciers hypothécaires, ne ménageait pas assez les intérêts de ces mêmes créanciers, et moins encore les intérêts du débiteur ou des tiers qui

(1) Voir la loi au DALLOZ, Répert. V^o *Privilèges et hyp.*, p. 22.

pouvaient avoir des droits réels sur les immeubles expropriés. Mais ce qui inspirait le plus de méfiance encore, c'était l'application d'une innovation originale, la *cédule hypothécaire*, au moyen de laquelle chaque citoyen pouvait, en prenant avec la plus grande facilité hypothèque sur lui-même, convertir ces immeubles en espèces de lettres de change (1). On craignait qu'elle n'ébranlât par ce moyen la propriété et ne ruinât les familles (2).

Constatons en passant ce mode singulier de réalisation de l'hypothèque, inventé par le législateur de l'an III.

La cédule est une sorte de *billet à ordre*, souscrit par un propriétaire et emportant hypothèque sur ses biens, billet qu'il peut négocier et transmettre par un simple endossement, et qui forme un titre contre celui qui l'a souscrit au profit de celui à l'ordre duquel il est passé. Elle peut se créer d'avance : « Tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèques a la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé, qui ne peut excéder dix années, par la voie des *cédules hypothécaires*, jusqu'à concurrence néanmoins des trois quarts de la valeur capitale ou prix vénal de ses biens désignés dans la cédule, y compris le montant des hypothèques dont ils sont déjà grevés. » (art. 36).

La réalisation de la cédule est prompte et facile. A l'échéance, le porteur a le droit de faire vendre les immeubles hypothéqués, puis, aussitôt la présentation des *cédules* à l'ordre, le juge de paix délivre pour les acquitter les mandats nécessaires ; elles ne sont pas, comme les autres hypothèques, soumises à un délai de un mois pour être payées (art. 203).

Outre que l'emploi abusif des *cédules* aurait produit un

(1) Rapport du tribun Grenier au Tribunat sur la loi relative aux privilèges et hypothèques. (Séance du 26 ventôse an XII, n° 38.) DALLOZ. Rép. Vo *priv. et hyp.*, p. 43.

(2) TROPLONG. — *Privil. et hyp.* Préface, n° V. Maintenant on revient à l'étude de cette loi, et certaines personnes se demandent même si ce n'est pas dans l'établissement des *cédules* que se trouve la solution du problème de la circulation des créances hypothécaires.

ébranlement dans les fortunes, et un avilissement des terres, leur mécanisme et le système hypothécaire entier de la loi péchait par la base, on voulait *a priori* évaluer la propriété foncière d'une façon certaine et autoriser le propriétaire à n'hypothéquer que pour les trois quarts de la valeur de ses biens. Il devra, en conséquence, déclarer la valeur de ses biens, la faire fixer par des experts ; de son côté, le conservateur devra faire une contre-expertise, pour corroborer l'évaluation donnée par le propriétaire. Ce sont là des moyens longs, coûteux et peu précis. La valeur d'une chose varie suivant l'offre et la demande ; on ne peut donc la préciser avec certitude. Il faut laisser le prêteur juge de la garantie qu'on lui offre. On lui donne, il est vrai, la garantie de la fortune personnelle et du cautionnement d'un conservateur, mais c'est illusoire et c'est injuste.

§ 2. — *Loi du 11 brumaire an VII.*

Elle revient à des idées plus saines, et peut être considérée comme ayant posé les bases du régime hypothécaire actuel fondé sur la publicité et la spécialité.

Elle reproduit les deux principes déjà établis par la loi de messidor an III : la publicité des hypothèques et des transmissions de propriété immobilière ; l'hypothèque ne prend rang que par son inscription sur les registres du bureau des hypothèques ; tout acte translatif de biens et droits susceptibles d'hypothèque doit, pour être opposable aux tiers, être transcrit au même bureau.

Elle imagine, pour la purge des hypothèques par l'acquéreur, un système quelque peu renouvelé de l'Edit de 1771, mais bien étudié et grandement amélioré, système qui est passé presque en entier dans le Code civil. L'acquéreur devra faire transcrire son acte d'acquisition et le notifier aux créanciers inscrits en leur faisant l'offre du

prix ; c'est ensuite aux créanciers de surveiller leur gage, d'apprécier s'ils ont ou non à surenchérir (art. 26 et suivants). Il y a là un progrès réalisé sur l'Edit de 1774, car les créanciers sont avertis personnellement et non plus par une simple exposition de contrat dans un endroit désigné ; et c'est maintenant qu'on peut dire avec vérité des notifications du contrat qu'elles « équivalent à une » interpellation et mettent les créanciers en demeure... ».

Où le législateur de l'an VII fut peut-être moins bien inspiré, ce fut lorsque, dans la loi sur l'expropriation forcée (1), pour remédier aux abus des anciennes procédures des criées, il reproduisit en partie les formes trop simplifiées de la loi du 9 messidor an III. Cependant les effets de l'adjudication n'étaient pas aussi étendus.

La première loi du 11 brumaire an VII, soumettait à l'inscription, nous venons de le voir, toutes les hypothèques même légales, et si elles n'étaient pas inscrites, elles ne produisaient pas d'effet, elles n'étaient pas opposables à l'adjudicataire. Au contraire, étaient-elles inscrites ? les créanciers étaient appelés à la saisie, leurs hypothèques étaient purgées par l'adjudication et leurs droits transférés de la chose grevée sur le prix (art. 35). Subsistaient cependant le droit de résolution du vendeur non payé, et les droits d'usufruit. Quant au droit de propriété, l'action en revendication du propriétaire ne se prescrivait que par un laps de temps de dix ans du jour de la transcription aux hypothèques du jugement d'adjudication (art. 25).

La deuxième loi du 11 brumaire an VII a un mérite : c'est elle qui a organisé la mise en cause des créanciers inscrits dans la procédure d'expropriation forcée, afin de les mettre à même de surveiller leur gage, d'enchérir ou de surenchérir. Cette création fut le pendant de la formalité des notifications qu'exigeait la première loi dans la procédure de purge poursuivie par l'acquéreur.

(1) Elle est datée du même jour que la loi sur le régime hypothécaire et lui fait suite.

Cette loi a été l'objet de nombreuses critiques, on l'accuse de dépouiller trop facilement le débiteur ; de plus, elle eut le tort de garder le silence sur la procédure des incidents qui pouvaient s'élever pendant les poursuites, et qui se trouvaient ainsi soumis aux lenteurs d'une instance ordinaire. Il suffisait alors à un débiteur de mauvaise foi de multiplier les incidents et de cette façon augmenter énormément les frais, reculer démesurément la vente, et par suite la distribution du prix (1).

(1) BOITARD et COLMET-DAAGE, tome II, p. 333.

SECTION III

LÉGISLATION MODERNE.

§ 1. — *Code Civil.*

Lors de la confection du Code civil, toutes les questions relatives aux hypothèques furent étudiées et discutées d'une façon des plus profondes et des plus intéressantes.

En ce qui concerne la purge par le tiers-acquéreur, un doute s'éleva sur sa légitimité. On se demanda s'il était juste d'autoriser l'acquéreur d'un bien hypothéqué à dépouiller, par l'effet de la purge, un créancier, malgré lui, de l'hypothèque qu'il possédait. Mais le principe supérieur de la circulation des propriétés immobilières eut vite raison de ces doutes. En effet, il ne faut pas exagérer l'étendue des droits des créanciers hypothécaires, lorsqu'ils se trouvent en conflit avec d'autres droits. Il leur suffit que leur gage soit porté à son véritable prix, et la procédure de purge leur permet d'atteindre ce but (1). La purge est donc un moyen pour le tiers-acquéreur de réaliser le droit qui pèse sur le bien par lui acquis. « En » deux mots, dira plus tard M. Persil dans son rapport de » 1847, c'est la substitution de l'argent à l'immeuble faite » sous la garantie de la loi autant dans l'intérêt de la » conservation des gages hypothécaires que pour faciliter » sans danger la circulation des propriétés immobilières. »

Lorsque l'on discuta les articles du Code, deux systèmes étaient en présence en matière hypothécaire : celui de l'édit de 1774, ou de l'ancien droit, défendu par Tronchet et Bigot-Préameneu et reproduit dans le projet par la

(1) PAUL PONT. — *Les hypothèques*, tom. 11, pag. 567, n° 1266.

commission du gouvernement, et celui de la loi du onze brumaire an VII, défendu par Treilhard et le tribun Grenier, système dont plusieurs cours et notamment celle de cassation demandaient le maintien. Ce fut ce dernier qui l'emporta. Mais surgit une difficulté. La loi de brumaire avait ordonné l'inscription de toutes les hypothèques, le Code, lui, avait admis certaines exceptions en faveur des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Il fallut donc employer pour ces hypothèques dispensées d'inscription une procédure spéciale de purge, qui fut en grande partie empruntée à l'édit de 1771. Aussi le Code civil a-t-il réglé deux modes de purge : le premier, calqué sur les dispositions de la loi de brumaire, pour toutes les hypothèques *inscrites* ; — le second, pour les hypothèques *dispensées d'inscription et qui n'ont pas été inscrites*. Nous étudierons les effets de ces deux modes de purge dans notre deuxième partie.

Le Code civil s'est encore occupé, dans un titre spécial, de l'expropriation forcée, qui est le but final de l'hypothèque et a également pour effet la purge des hypothèques, mais seulement pour en poser les règles les plus générales, puis après il se borne à renvoyer sur ce sujet aux dispositions du Code de procédure civile.

§ 2. — *Code de Procédure civile.*

Lors de l'élaboration du projet, la commission s'était prononcée pour la clandestinité des hypothèques et le retour aux anciens principes du droit coutumier, où le décret forcé purgeait tous les *droits et hypothèques*, même la propriété. « Le motif, disait Treilhard, président de la commission (1), c'est la dépréciation des objets vendus par » expropriation ; l'incertitude sur la propriété acquise, la » crainte d'une réclamation qu'on ne peut prévoir écartent

(1) Voir : Locré, *Législation*, t. 22.

» les adjudicataires solvables ; ces sortes de ventes dégè-
» nèrent en un trafic honteux également contraire à l'in-
» térêt du propriétaire, à celui des créanciers et à celui
» des mœurs et du commerce.

En conséquence, pour provoquer les créanciers et les tiers qui auraient des droits à intervenir dans la procédure, on entoure la vente sur saisie de nombreuses formalités et d'une grande publicité. C'est une véritable réaction contre les lois de messidor an III et brumaire an VII. Mais au Conseil d'Etat, une grande discussion s'engage ; un des principes de la commission est rejeté ; l'adjudication ne purgera pas le droit de propriété, elle ne transmettra à l'adjudicataire d'autres droits que ceux qu'avait le saisi. Cependant, malgré cet échec partiel du projet, tout le grand luxe de formalités que la commission avait édifiées pour répondre aux dispositions par elle adoptées, fut maintenu. Ainsi, trois publications devaient précéder la vente ; puis on procédait à l'adjudication qui n'était que provisoire ; et ce n'était qu'après cette première adjudication, à la suite de nouvelles annonces dans les journaux et appositions de placards, qu'avait lieu l'adjudication définitive. Et l'adjudicataire avait encore à craindre une surenchère portée dans la huitaine.

On avait ainsi dépassé le but, on rétablissait de cette façon, avec tous leurs inconvénients, les formalités de l'ancien édit des criées de 1551, mais interprété et considérablement augmenté par la pratique des tribunaux.

Les rédacteurs du Code furent, il est vrai, mieux inspirés lorsqu'ils établirent pour les incidents une procédure spéciale, abrégée, qui ne permettait plus de traîner la poursuite en longueur, comme cela existait à la suite de l'oubli commis par la loi de l'an VII, qui, muette sur les incidents, les laissait sous l'empire de la procédure ordinaire.

Une révision du Code de procédure était nécessaire. Elle fut l'œuvre de la loi de 1841.

Avant d'aborder cette loi, étudions une question très

importante qu'avaient fait naître les dispositions nouvelles et qui divisa longtemps la doctrine et la jurisprudence.

Nous savons que l'adjudication sur saisie ne purgeait point le droit de propriété appartenant à des tiers, que de plus il ne résultait du Code aucune déchéance qui pût faire perdre au vendeur son action résolutoire et l'empêcher de l'exercer contre les tiers-acquéreurs (1).

Mais l'adjudication purgeait-elle au moins les hypothèques ?

Le Code de procédure ne s'en était pas formellement expliqué. Cependant le Code civil et les autres dispositions du Code de procédure permirent de résoudre la difficulté.

Pour les hypothèques conventionnelles, on admit aisément qu'elles étaient purgées par la procédure de l'expropriation forcée. « Il y a, dit Troplong, dans le droit, des » idées qui se perpétuent malgré les changements les plus » profonds, et qui, érigées en principe par l'usage et par » la tradition, ont la même force que si elles étaient for- » mulées en lois. De ce nombre est la règle que l'expro- » priation purge les hypothèques. Elle n'est nulle part » explicitement écrite dans nos nouveaux Codes, mais elle » domine toute la jurisprudence, et le législateur l'a tou- » jours eu présente à la pensée, comme de ces vérités ad- » mises si généralement, qu'il est inutile de les promul- » guer (2).

D'ailleurs, pour justifier cette solution, on faisait valoir qu'au Code civil le législateur ne s'occupait que du mode de purger les *hypothèques inscrites en matière d'aliénation volontaire* (art. 2181 et suivants), que donc l'adjudication sur saisie les purgeait virtuellement ; que l'art. 749 du Code de procédure ancien, en ordonnant l'ouverture de l'ordre dans le mois qui suit la signification du jugement d'adjudication, ne laissait pas de temps à l'adjudicataire pour remplir les formalités de la purge, qu'elles n'étaient

(1) AUBRY et RAU, tom. IV, § 356, p. 401.

(2) *Hypothèques*, t. IV, n° 996, p. 336.

donc pas nécessaires ; et, qu'enfin et surtout, puisque les créanciers inscrits avaient été avertis individuellement de la vente et de ses conditions (art. 692), qu'ils étaient liés à la procédure et avaient été mis à même d'enchérir et de surenchérir, ils se trouvaient en faute de ne pas l'avoir fait, et étaient mal venus à attaquer de ce chef l'adjudication.

Mais où la question présentait plus de difficultés, ce fut au sujet des hypothèques légales dispensées d'inscription. En effet, ces créanciers à hypothèques légales dispensés de les faire inscrire n'étaient appelés en aucune façon à l'adjudication qui leur restait ainsi complètement étrangère.

Certains auteurs, Grenier (t. II n° 490), Troplong (t. IV n° 996, p. 333), Aubry et Rau (t. III, § 269, note 25, p. 308), fidèles à l'idée de circulation sans trop d'entraves ni de formalités des propriétés immobilières, prétendaient que même ces hypothèques étaient purgées par l'expropriation forcée.

Dans le camp contraire, Delvincourt, (t. III, p. 361), Dalloz (Rép. v° *hypoth.*, n° 89), Duranton (t. XX, n° 358), Chauveau (t. V, p. 636), exigeaient que l'adjudicataire sur saisie fût obligé de suivre les formalités du Code civil pour la purge de ces hypothèques.

La cour de cassation était hésitante. Elle avait adopté la première opinion dans plusieurs arrêts (1) ; quelques cours avaient adopté l'opinion contraire (2) ; lorsque la cour de cassation, par un arrêt en chambres réunies, et sur les conclusions de l'avocat général Dupin, revint sur ses décisions précédentes en déclarant que l'adjudication sur saisie ne purgeait pas les hypothèques légales dispen-

(1) En ce sens, arrêt de rejet, *Sir.* 22, 1, p. 214 ; — de rejet, *Sir.* 26, 1, 65 ; — *Sir.* 29, 1, 342 ; — Caen, *Sir.* 26, 2, 101 ; — Nîmes, *Sir.* 29, 2, 161.

(2) En ce sens, Bordeaux, 31 juillet 1826 (*Sir.* 27, 2, 9) ; — Montpellier, 12 janvier 1828 (*S.* 28, 2, 154) ; — Toulouse, 6 décembre 1824 (*Dalloz*, 26, 2, 106).

sées d'inscription (1). Le motif invoqué était celui-ci : la femme et les mineurs, créanciers favorables puisqu'ils jouissaient d'un privilège, celui de ne pas inscrire leur hypothèque, se trouvaient placés dans le système de l'ancienne jurisprudence dans une situation plus défavorable que les créanciers ordinaires ; ils auraient encouru une déchéance sans avoir reçu la moindre mise en demeure, sans être appelés à la vente, ni à l'ordre, ce ne pouvait être ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, c'eût été une contradiction étrange et en quelque sorte injurieuse pour le législateur (2).

La plupart des auteurs critiquèrent ce revirement (3). Cependant la nouvelle jurisprudence répondait mieux à l'idée de justice que l'ancienne ; car il est bon de remarquer que la purge des hypothèques résulte plutôt des formalités destinées à mettre les créanciers en demeure de surveiller le prix de leur gage, des notifications de l'art. 692, C. de pr., que l'adjudication elle-même, et là les créanciers dispensés d'inscription ne recevaient aucun avertissement.

Sur un autre point, la Cour suprême s'éloignait également de la majorité des auteurs.

Troplong (hyp., t. IV, n° 984), Persil (sur l'art. 2195, n° 3), Delvincourt (t. III, p. 376, note 1), Dupin (Requis., t. III, p. 89), et Dalloz (v° hyp. p. 388), partant de cette idée que les formalités de la purge s'accomplissaient en faveur de l'acquéreur seul et non des créanciers, soutenaient que pour le protéger, il suffisait de supprimer le droit de suite et qu'on pouvait sans inconvénient laisser survivre le droit de préférence. La conséquence de ce système était pour les femmes ou les mineurs qui n'avaient pas inscrit leur hypothèque légale, soit avant l'adjudication comme le voulait la doctrine rapportée ci-dessus, soit dans les deux

(1) Cass. arrêt du 22 juin 1833 (*Sirey* : 33, 1, 449).

(2) De même, arrêt de la cour de Lyon du 11 mai 1831 (*Sir.* 32, 2, 116).

(3) TROPLONG, *loc. cit.* p. 331.

mois du jour des notifications conformément à l'art. 2194, comme l'entendait la jurisprudence récente, que leur droit n'était pas dès lors complètement perdu et qu'ils pouvaient cependant se présenter à l'ordre et se faire colloquer, à l'encontre des autres créanciers hypothécaires, au rang fixé pour leur hypothèque légale par l'art. 2135 du Code civil.

Duranton (t. XX, n° 358 et 421^{bis}) et Grenier (t. II, n° 490, p. 427), prétendaient au contraire que les effets de la purge se produisaient tout aussi bien en faveur des créanciers hypothécaires que de l'acquéreur et que le droit de préférence ne pouvait survivre au droit de suite, qu'en conséquence la femme et le mineur qui n'avaient pas inscrit leur hypothèque légale dans les délais ci-dessus, avaient complètement perdu leur droit, et n'étaient plus recevables à se faire colloquer à l'ordre sur le prix avec les autres créanciers.

La Cour de cassation, moins soucieuse de protéger sur ce point les intérêts des incapables, prit parti contre la femme et le mineur par plusieurs arrêts. Elle décida que la perte du droit de suite entraînait celle du droit de préférence.

Ce conflit entre la doctrine et la jurisprudence dura jusqu'à la loi de 1858 qui condamna, dans le nouvel art. 772, dernier alinéa, le système de la Cour suprême.

Les choses étaient en cet état, lorsque survint la loi du 2 juin 1841.

§ 3. — *Loi du 2 Juin 1841.*

Le système hypothécaire était l'objet des critiques les plus vives. On réclamait la publicité de toutes les hypothèques et des transmissions de droits réels.

Déjà la révision des formalités de la saisie immobilière était à l'étude. Le projet de loi fut soumis à la Chambre des pairs en 1840 et devint la loi du 2 juin 1841. Elle

simplifia la procédure de l'expropriation forcée et des ventes judiciaires d'immeubles en général. Elle donna plus de sûretés aux acquéreurs par le nouvel art. 717 qui prescrivit au vendeur de former, sous peine de déchéance, son action ou résolution avant le jour de l'adjudication. En outre, pour faire cesser le différend qui existait entre la jurisprudence et les auteurs, les commissions de la Chambre des pairs et de celle des députés avaient proposé de faire remplir, par le poursuivant, pendant le cours de la procédure de vente, les formalités de l'art. 2194, de rattacher ainsi les formalités de la purge des hypothèques légales à celles de la saisie, mais le projet parut trop hardi et ne fut pas adopté.

La loi de 1841 opéra une autre réforme très importante et qui passa presque inaperçue. Elle admit la surenchère du sixième dans la huitaine pour toutes les ventes d'immeubles faites en justice (1), puis elle déclara qu'une surenchère nouvelle ne pourrait être formée désormais lorsqu'il y aurait eu déjà une surenchère.

C'est à la suite de cette généralisation que s'est posée la question de savoir si la purge des hypothèques résulte *virtuellement* de toute adjudication sur surenchère quelle qu'elle soit. A ce propos, il nous faut entrer dans des développements particuliers et rechercher l'origine de cette règle : *Surenchère sur surenchère ne vaut*.

D'après ce que nous avons vu jusqu'ici, nous savons que les adjudications sur saisie immobilière et les formalités de la purge volontaire éteignent le droit de suite des créanciers hypothécaires sur l'immeuble, et le transforment en un droit sur le prix où s'exerce ensuite leur droit de

(1) Il y a un grand nombre de ventes qui se font en justice, sans que les créanciers soient invités à intervenir. Ainsi, les licitations de biens appartenant à une succession indivise (art. 966 et suiv., Cod. proc.), bénéficiaire (art. 987), ou vacante (art. 1001), à des mineurs, à des interdits (art. 953), à des femmes mariées sous le régime dotal, à des débiteurs qui ont fait cession de biens. — Il y a aussi les ventes de biens de faillis, auxquelles les créanciers hypothécaires ne sont pas spécialement reliés, mais qui peuvent être frappées dans la quinzaine, et de la part de toute personne, par une surenchère du dixième (art. 573, C. de commerce).

préférence, le réalisent en un mot ; mais c'est parce que des offres du prix leurs sont faites, offres qu'ils peuvent refuser ou accepter, ou qu'un appel leur est donné de prendre connaissance de la vente, des mises à prix, pour les mettre à même de surveiller leur gage et le faire aller à sa vraie valeur.

Voilà pourquoi la purge opère à leur égard ; ils n'ont en effet nulle raison de s'en plaindre, et leur droit est ainsi pleinement sauvegardé.

Il semble donc, à la lumière de ces principes, qu'une vente volontaire en justice, même lorsqu'elle a été suivie d'une surenchère, ne saurait porter aucune atteinte au droit des créanciers hypothécaires, qui n'ont pas été invités à concourir aux enchères ou à surenchérir, et que pour purger leurs droits, il serait nécessaire d'employer les formalités des art. 2181 et suivants du Code civil. En vain pourrait-on dire que ces ventes, ayant lieu aux enchères et en justice, présentent toutes garanties pour que l'immeuble soit adjugé son véritable prix. A cela Merlin répondrait (1) : « Les enchères, les affiches et les publications » ont sans doute pour but d'établir la concurrence, et » d'élever à son aide le prix de l'immeuble à la vraie » valeur qu'il peut avoir, mais. . . . on ne peut se dissimuler que la concurrence des créanciers ne soit bien » plus efficace que celle des étrangers pour élever l'immeuble à un haut prix ; le plus souvent l'étranger ne » veut acquérir qu'autant qu'il trouve un marché très » avantageux ; au lieu qu'un créancier qui prévoit qu'un » prix modique le laissera en perte lors de la distribution, » a un intérêt puissant pour élever ce prix au moins à » toute la valeur de l'immeuble. » Aussi un arrêt de la Chambre des requêtes, rendu dans l'espèce d'une vente de biens de mineurs (Sir. 35, 1, 791), et un autre de la Cour de Paris (Sir. 35, 2, 370), avaient-ils déclaré la surenchère du

(1) Répert. V^o *Transcription*, § III, n^o VIII, in fine.

dixième indépendante de la surenchère du quart et susceptible de concourir avec elle.

Cependant une règle nouvelle formulée à la manière des anciennes maximes de Loysel, *surenchère sur surenchère ne vaut*, fut consacrée dans nos codes. Déjà inaugurée par la loi de 1838 sur les faillites, elle était devenue l'art. 573 du Code de commerce. Mais « depuis la loi de 1841, elle peut » être considérée comme une règle générale de notre procédure (1) ». En effet, on commença par l'insérer dans l'art. 710, alinéa 2, Code proc., dans la saisie immobilière : « Lorsqu'une seconde adjudication aura eu lieu » après la surenchère ci-dessus (du sixième), aucune autre » surenchère des mêmes biens ne pourra être reçue. » Comme tout le monde, les créanciers hypothécaires ont donc le droit de surenchérir dans la huitaine de la première adjudication (art. 708), mais passé ce délai, d'un côté ils sont forclos de le faire, et de l'autre, s'il y a déjà eu une surenchère, ils ne peuvent en faire une seconde quel que soit le prix qu'ils offrent. Et la raison ? M. Persil, dans son rapport sur la loi précitée (2), nous la donne : « La nécessité de fixer la propriété et par cette perspective d'encourager les adjudications, l'avantage de mettre un terme à cette masse ruineuse des frais qui se prélèvent sur le gage commun expliquent clairement la sage » prévoyance du projet. »

Mais où la maxime se généralise, c'est pour les ventes judiciaires volontaires. Par elles-mêmes elle ne purgeaient pas les hypothèques, l'acquéreur devait adresser des notifications aux créanciers inscrits. « Cependant, ajoute » M. Persil (3), si, à la suite de l'adjudication et dans la » huitaine, il est survenu une surenchère qui ait fait porter le prix de l'immeuble à un sixième en sus et donné » lieu à une adjudication nouvelle, les créanciers auxquels

(1) AUBRY et RAU, t. III, § 293 (bis), note 8.

(2) *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 211 et 212.

(3) *Loc. cit.*, p. 463.

» auront été faites les notifications conserveront-ils la sur-
» enchère du dixième autorisée par l'art. 2185, Code civ. ?
» Les raisons que nous avons précédemment données
» pour établir cette maxime reviennent ici avec toute leur
» force. Ce n'est pas pour jouer ridiculement avec l'insta-
» bilité de la propriété que l'on attaquerait coup sur coup
» les droits de l'adjudicataire, il faut que ce concours
» d'adjudications ait une fin. On ne peut vouloir qu'une
» chose dans l'intérêt des propriétaires comme des créan-
» ciers : c'est porter le prix d'un immeuble à sa juste et
» véritable valeur ; et quand par une double adjudication
» on a deux fois subi la chaleur des enchères, il est juridi-
» quement probable, il est certain que le prix correspond
» à la valeur de l'immeuble, s'il ne l'a dépassée. Après
» cela admettre encore une surenchère, ce serait outrer la
» mesure et s'éloigner, au grand détriment de tous, d'une
» fixation de prix que nul n'avait intérêt à contrôler. »

En vain M. Martin (de l'Isère) proposa-t-il un amende-
ment qui consacrait pour les créanciers inscrits le droit
de surenchérir du dixième après une adjudication sur
surenchère du sixième. L'amendement fut rejeté. La ré-
forme prônée par M. Persil passa dans la rédaction de
l'art. 965, qui pour les ventes des biens de mineurs repro-
duisit textuellement l'alinéa 2 de l'art. 710 ; et enfin on
déclara la même règle applicable à toutes les autres ven-
tes judiciaires ; (art. 973 *in fine* pour les immeubles licités,
— art. 988 pour les immeubles dépendant d'une succes-
sion bénéficiaire, et 997 pour les immeubles dotaux, com-
binés avec l'art. 965 ; — art. 904 et 1001 pour les immeu-
bles appartenant à des débiteurs qui ont fait cession de
biens, ou appartenant à une succession vacante.)

Depuis, la maxime *surenchère sur surenchère ne vaut* a
encore été confirmée dans notre droit par la loi du 21
mai 1858, art. 838, Code proc. : « L'adjudication par suite
» de surenchère sur aliénation volontaire ne pourra être
» frappée d'aucune autre surenchère. »

C'est une innovation qu'on ne peut approuver toutefois

que sous certaines réserves ; car il semble que les créanciers inscrits aient lieu de se plaindre, puisque dans l'hypothèse d'une surenchère du sixième, ils n'auront reçu aucune notification, ils n'auront été personnellement avertis ni de la première, ni de la seconde adjudication, et que malgré cela ils auront perdu le droit de surenchérir du dixième, c'est-à-dire que leur droit aura été réalisé à leur encontre sans qu'ils en aient eu le moins du monde connaissance ; qu'au surplus même, dans le cas où ils auraient eu vent de l'adjudication, ils n'ont, pour connaître leur situation hypothécaire, délibérer et surenchérir, qu'un délai de huit jours, tandis que le Code civil leur accorde quarante jours. Pour justifier cette règle, on a dit qu'il fallait que ces reventes eussent une fin, « qu'il ne » fallait pas troubler la foi due à la propriété de l'acquéreur. Soit, mais il ne faut pas troubler non plus la foi due à l'hypothèque (1). »

Quelle est maintenant au juste la signification de cette règle « *surenchère sur surenchère ne vaut ?* » — Résulte-t-il de toute adjudication sur surenchère une purge *virtuelle, ipso facto*, des hypothèques ; ou bien une semblable adjudication prive-t-elle seulement les créanciers de faire une nouvelle surenchère ? C'est une question fortement débattue en doctrine et en jurisprudence que nous réservons pour plus tard, et dont nous ne donnons ici que la conclusion en admettant pour notre part qu'une adjudication sur surenchère dans toute vente judiciaire purge virtuellement les hypothèques, convertit en un droit ferme au prix le droit des créanciers hypothécaires sur l'immeuble, le réalise en un mot.

§ 4. — Loi du 23 Mars 1855.

Cette loi, sans s'occuper spécialement des effets de la purge des hypothèques, mais faisant droit aux réclama-

(1) PETIET, Thèse de doctorat, *Des effets des jugements d'adjudication sur surenchère*, p. 89 et suiv. — Voir aussi CHAUVEAU, *quest.* 2394.

tions depuis longtemps formulées, consacre un principe qui se fait sentir jusqu'en notre matière : c'est la publicité des mutations de propriété immobilière (1). Cette loi était nécessaire pour faire de l'hypothèque un moyen de crédit qui ne fût pas illusoire par suite de la clandestinité des transmissions de propriété qui rendait la base, l'assiette de l'hypothèque incertaine. Elle avait, en effet, été portée lors de l'organisation en 1852 des sociétés de crédit foncier pour prêter avec hypothèque, et dans le but d'assurer leur développement. Mais le public profita indirectement de la réforme.

§ 5. — *Loi du 21 Mai 1858.*

Des controverses s'étaient, nous avons vu, élevées au sujet de la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, cette loi les tranche et décide que l'adjudication sur saisie purgera toutes les hypothèques légales sans exception (art. 692 et 717); mais qu'à cet effet, le poursuivant sera tenu d'appeler à la vente, de lier à la procédure tout créancier muni d'une de ces hypothèques dispensée d'inscription. Ce créancier recevra alors une sommation semblable à celle des créanciers inscrits, mais en plus avec invitation d'inscrire son hypothèque légale avant la transcription du jugement d'adjudication, sous peine de perdre son droit de suite. Quant à son droit de préférence, il le conservera intact, mais à la condition de produire à l'ordre avant l'expiration des délais fixés par l'art. 717.

Un inconvénient se présente et le but de la loi peut souvent ne pas être atteint; pour que les créanciers munis d'une hypothèque légale non inscrite soient sommés, il faut que le titre du poursuivant fasse mention du mariage ou de la tutelle d'où dérive l'hypothèque légale; autrement

(1) Elle avait déjà été établie par la loi du 11 brumaire an VII, mais, depuis, abandonnée par le Code.

ils ne sont avertis que par les affiches et insertions et non individuellement, et ils peuvent donc bien ne pas avoir connaissance de la vente et se trouver ainsi déchus de la faculté d'enchérir et de surenchérir. Il en est ainsi presque toutes les fois que la saisie est faite en vertu d'un jugement (1). C'est un grave inconvénient qui lèse les droits des créanciers à hypothèque légale ; mais il est difficile d'y remédier sans porter atteinte aux intérêts de l'acquéreur dont il faut également prendre soin.

Il résulte de toutes ces réformes et notamment des lois de 1841 et de 1858, que la tendance actuelle de la législation est de favoriser l'acquéreur dans les ventes judiciaires, et de le soustraire autant que possible aux chances que laissent subsister nos Codes de 1804 et de 1807, sans toutefois admettre les effets trop étendus du décret forcé et de la loi de messidor an III, qui purgeaient même le droit de propriété. L'effort du législateur est plutôt de débarrasser l'immeuble, en grevant le prix qui lui est substitué, d'atteindre les droits des créanciers hypothécaires et les autres droits réels accessoires à une créance, qui sont plutôt des *parasites* de la propriété qu'ils n'en sont des démembrements, mais de les atteindre en les transformant de la façon la plus conforme au but pour lequel ils sont institués, en les faisant porter sur une somme d'argent.

La loi, dans les réformes qu'elle opère en ce qui concerne la purge des hypothèques, fait œuvre de *réalisation*.

(1) Dans les actes notariés, on indique généralement les causes susceptibles de faire naître une hypothèque légale, et si le débiteur est passible d'hypothèques de cette nature.

DEUXIÈME PARTIE

RÉALISATION DANS LE DROIT ACTUEL.

CHAPITRE I

EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS LES VENTES FORCÉES

Il nous faut rechercher quelles sont, dans la saisie immobilière, les formalités susceptibles de produire la purge des hypothèques, c'est-à-dire capables d'éteindre le droit réel des créanciers hypothécaires sur l'immeuble, mais en le transformant en un droit sur le prix, en le réalisant ?

Ce résultat est obtenu au moyen de l'adjudication précédée de la mise en demeure des créanciers hypothécaires. Dans la législation actuelle, l'effet de l'adjudication n'est plus de nettoyer l'immeuble de tous les droits réels, comme le faisait le décret forcé ; il est limité à la purge des droits réels accessoires à une créance, droits qui, sauf une exception en faveur de certaines hypothèques légales, doivent être révélés sur des registres publics. En effet, aux termes de l'art. 717 du Code de procédure, l'adjudication éteint, avec l'action en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix d'une ancienne aliénation (1), *tous les privilèges et hypothèques* qui grèvent l'immeuble adjudgé.

C'est donc elle qui anéantit le droit de suite des créan-

(1) Innovation introduite par la loi de 1841.

ciers hypothécaires, mais en lui substituant un droit sur une somme d'argent, qui dégage l'immeuble grevé, mais en affectant le prix, qui réalise en un mot le droit hypothécaire.

Pour qu'elle produise des effets aussi puissants, il faut, il est vrai, et comme nous allons le voir par la suite, une condition, c'est que le paiement du prix soit effectué, que le prix existe réellement. Cela se conçoit aisément ; le créancier est réputé, par la loi, ne faire abandon de son droit de garantie immobilier que dans le but d'obtenir le remboursement de sa créance. Aussi, est-ce un principe général inscrit dans l'art. 2186 du Code civil, que le paiement est la condition *sine qua non* de la purge.

Les effets du jugement d'adjudication relatifs à la purge, sont différents suivant qu'ils se produisent vis-à-vis des créanciers dispensés ou non d'inscription. D'où une distinction.

SECTION I

EFFETS DU JUGEMENT D'ADJUDICATION SUR SAISIE IMMOBILIÈRE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS QUI NE SONT PAS DISPENSÉS D'INSCRIPTION.

La loi est partie de ce principe que le prix de l'immeuble hypothéqué doit être déterminé d'une façon contradictoire entre les divers intéressés, et notamment les créanciers hypothécaires. Pour que leur droit s'éteigne sur l'immeuble, ils doivent recevoir un avertissement, une sommation qui les lie à la procédure de saisie immobilière, qui les mette en demeure de surveiller la vente de leur gage, d'enchérir ou de surenchérir au besoin. Ce n'est qu'à ce compte que la loi présume que l'immeuble est allé à sa juste valeur et que leurs droits se trouvent purgés. Il est donc indispensable de faire aux créanciers inscrits les notifications prescrites par l'art. 692, Code pr., c'est-à-dire de les sommer de prendre communication du cahier des charges dressé pour parvenir à la vente; autrement le jugement d'adjudication ne leur serait pas opposable, il ne purgerait pas leurs hypothèques.

Quel serait donc l'effet du jugement à l'égard de ceux qui n'auraient pas été sommés?

Là, il y a à faire plusieurs distinctions qui se résument en une question de faute.

Si l'inscription du créancier est irrégulière, ou s'il ne s'est inscrit qu'après les sommations faites aux autres créanciers, l'adjudication purgera quand même son hypothèque; car là, le poursuivant, chargé de remplir les formalités préalables à l'adjudication, n'aura aucune négligence à se reprocher; et le créancier qui, par sa faute, n'a pas été lié à la poursuite, ne peut imputer de ce chef aucune responsabilité au poursuivant ou à l'adjudicataire.

Mais toutes les fois que le défaut de sommation viendra d'une omission imputable au poursuivant, ou bien encore toutes les fois qu'il y aura nullité de la sommation, l'hypothèque du créancier subsistera, et l'adjudicataire, pour la purger, devra faire transcrire son titre et recourir aux formalités de l'art. 2183 du Code civil, exigées dans les ventes volontaires (1).

Il est un cas cependant où la purge s'opèrera sans qu'il y ait eu faute de la part du créancier : c'est si le défaut de sommation provient du fait du conservateur qui aurait omis d'insérer l'inscription dans l'état délivré. L'hypothèque serait purgée, mais le créancier aurait un recours contre le conservateur des hypothèques qui seul est en faute (art. 2198, C. c.) — CARRÉ et CHAUVEAU, *quest.* 2403.)

Les formalités de l'art. 692, destinées à lier à la procédure les créanciers hypothécaires, sont des mesures préalables indispensables pour que l'adjudication sur saisie produise ses effets relatifs à la purge. Mais, les notifications prescrites une fois faites, la purge des hypothèques résultera de l'adjudication même non suivie de surenchère du sixième (art. 717, C. pr.). Désormais les créanciers n'auront plus le droit de suivre l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire, ni de former une surenchère du dixième, si le prix de vente ne suffit pas à les désintéresser. Ils n'ont pas à se plaindre, puisqu'ils ont été avertis, qu'ils n'avaient eux-mêmes qu'à surenchérir ou à décider d'autres personnes à le faire. L'art. 717, dernier alinéa, est formel : « Le jugement d'adjudication, dûment transcrit, » purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont » plus d'action que sur le prix. »

Ici se présente une question qui donne lieu à de nombreuses controverses. A quel moment exact se produit la purge des hypothèques ? Est-ce le jour du jugement d'adjudication, ou bien le jour de la transcription de ce jugement, comme le porterait à croire l'art. 717.

(1) TROPLONG. — *Hypothèques*, t. IV, nos 907 et 920. — CARRÉ et CHAUVEAU, t. V, art. 717, *quest.* 2403.

De là découle une conséquence importante, c'est que par la purge, spécialement par la réalisation du droit hypothécaire, les créanciers, devenant attributaires de la somme qui leur est due à prendre sur le prix, sont dispensés du renouvellement de leurs inscriptions, puisqu'elles ont produit leur effet. Il leur est donc utile de connaître ce moment pour éviter une déchéance et conserver leurs droits sur l'immeuble.

Avant la loi du 25 mars 1855, la question ne faisait pas de doute ; l'adjudication sur expropriation forcée purgeait par elle-même de plein droit et sans qu'il fût nécessaire de transcrire toutes les hypothèques inscrites antérieurement à l'adjudication (1), et *a fortiori* par là même celles qui n'étaient inscrites qu'après. Sur qui, en effet, dans ce dernier cas, pouvait-on prendre inscription ? Sur le débiteur ? Il n'est plus propriétaire de la chose. Sur l'adjudicataire ? Il doit l'avoir libre et intacte.

C'était ce qu'enseignaient MM. Troplong (2) et Chauveau (3), à la suite de Tarrible et de Grenier.

M. Delvincourt (4) était d'un avis contraire. Il prétendait que les créanciers hypothécaires pouvaient, aux termes des art. 834 et 835 Cod. proc., s'inscrire dans la quinzaine de la transcription.

Mais Troplong avait réfuté péremptoirement cette manière de voir (5). En effet, le Code de procédure établissait une grande différence entre les ventes volontaires et les ventes forcées. Or, l'art. 834, d'après la rubrique du titre *Surenchère sur aliénation volontaire*, ne s'appliquait qu'aux ventes volontaires. Dans celles-ci seules le cours des inscriptions durait jusqu'à l'expiration de la quinzaine de la transcription. Mais, dans les ventes sur expropriation

(1) DALLOZ. Rép. Vo Ventes d'immeubles, n° 1817 ; — Nancy, 23 août 1838.

(2) *Privil. et hyp.*, t. IV, n° 906.

(3) *Lois de la procédure*, t. V, quest. 2403.

(4) T. III, p. 361, note 1.

(5) *Loc. cit.* nos 903 et 906.

forcée, la faculté de prendre inscription cessait pour les créanciers de l'ancien propriétaire du jour de l'adjudication. C'était la théorie de tout l'ancien droit et le Code de procédure n'y avait pas dérogé. « La raison en est, » disait Troplong, que l'expropriation se fait avec un » grand appareil et la plus grande publicité. » La vente volontaire, elle, n'est entourée d'aucune publicité, aussi le Code de procédure venait-il au secours des créanciers en leur permettant d'inscrire dans la quinzaine de la transcription du titre translatif de propriété (1).

Tel était l'état des choses avant la loi du 23 mars 1855.

Cette loi modifie les principes posés par le Code civil. Elle décide que les actes translatifs de propriété ne seront opposables aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble qu'à partir de la transcription de ces actes (art. 3). Elle soumet à la transcription tous les jugements d'adjudication autres que ceux rendus sur licitation au profit d'un co-héritier ou d'un co-partageant (art. 4). Enfin, son art. 6 est ainsi conçu : « A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des » art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. »

« Il s'ensuit, dit Troplong, reproduisant M. Bressolles, » n° 80, que dans tous les cas et de quelque manière » que l'aliénation ait été faite, un créancier hypothécaire » peut prendre inscription jusqu'à ce que l'aliénation de » l'immeuble hypothéqué soit transcrite et jamais au-delà. » Ainsi, d'une part, on n'aura plus quinze jours après la » transcription pour s'inscrire ; de l'autre, on aura jusqu'à » la transcription de la vente sur saisie pour produire son » droit ; de sorte que le temps utile pour s'inscrire se » trouve prolongé dans le cas de vente forcée, et raccourci » dans le cas de vente volontaire. »

D'un autre côté, la loi du 21 mai 1858 semble décider, dans le nouvel art. 717, que le jugement d'adjudication ne

(1) TROPLONG. — *Transcription*, n° 272.

purge les hypothèques qu'à la condition qu'il ait été *dûment transcrit*.

Ces deux lois ont bien modifié le système antérieur du Code civil et du Code de procédure. Mais en quel sens ?

D'abord, elles ont abrogé les art. 834 et 835 dont il vient d'être parlé. Et la conséquence en a été de mettre sur un pied d'égalité les ventes forcées et les ventes volontaires faites sous l'autorité de justice, relativement au délai pendant lequel un créancier hypothécaire peut prendre inscription sur le précédent propriétaire, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'aliénation de l'immeuble hypothéqué soit transcrite.

Ensuite, la loi de 1855 a, de plus, implicitement modifié les effets de la formalité exigée par l'art. 716, C. pr. civ. Il prescrivait à l'adjudicataire de faire mentionner le jugement d'adjudication en marge de la transcription de la saisie. Cette mention tenait lieu d'inscription du jugement d'adjudication ; elle était le complément de la procédure de saisie immobilière, et renseignait les tiers sur la marche de cette procédure et la transmission de la propriété. « On comprend, disait M. Persil, que dans des vues » d'économie, la loi n'exige pas une transcription complète » du jugement d'adjudication. Le but sera atteint par une » mention sommaire en marge de la transcription de la » saisie ». Mais la loi de 1855 a organisé un système général de publicité plus complet. Elle prescrit la transcription littérale de tous les actes translatifs de propriété immobilière. Maintenant, donc, il ne suffit plus de faire la simple mention prescrite par l'art. 716 pour rendre la transmission de propriété opposable aux tiers, il faut transcrire en entier le jugement d'adjudication sur les registres des hypothèques (1).

MM. Ollivier et Mourlon (2) prétendaient même que l'art. 716 se trouvait ainsi virtuellement abrogé. Non, mais sa

(1) CARRÉ et CHAUVEAU, t. V, *quest.* 2403, p. 949.

(2) *Saisies immobilières*, n° 499 in fine, p. 392.

portée, son étendue ont été restreintes. Il est resté comme le couronnement porté à la connaissance des tiers de la procédure de saisie immobilière ; il n'a plus les effets de la transcription vis-à-vis des tiers et des créanciers hypothécaires. C'est pourquoi la loi du 2 juin 1881, qui a modifié l'art. 693 du Code de procédure, a cependant maintenu la nécessité de la mention de l'adjudication en marge de la transcription de la saisie : « Toutefois, la saisie immobilière transcrite cesse de plein droit de produire son effet, » s'il n'est pas intervenu une adjudication *mentionnée en* » marge de cette transcription, conformément à l'art. 716 » du C. pr. (nouvel art. 693). »

Il s'agit, avec les données que nous venons d'exposer, de savoir si maintenant la purge s'opère toujours encore *ipso facto* par l'adjudication elle-même, ou bien par la transcription du jugement d'adjudication.

Deux systèmes différents ont été émis sur ce point. L'un soutient que les lois de 1855 et de 1858 ont modifié le principe admis antérieurement, et qu'en conséquence, c'est la transcription du jugement d'adjudication qui opère la purge des hypothèques. L'autre, qui prétend que la transcription du jugement ne produit aucun effet particulier à l'égard des créanciers inscrits.

1^{er} SYSTÈME. — Il est soutenu par MM. Seligmann (n° 72, p. 494), Troplong (Transcription, n° 272, p. 427 et 428), et les auteurs du Dalloz (Répert. V^o *Vente publ. d'im.*, n° 1816 ; et *Privil et hyp.*, n° 2023).

Ces auteurs invoquent à l'appui de leur opinion la loi du 23 mars 1855 qui exige la *transcription* des jugements d'adjudication et les termes mêmes du dernier alinéa de l'art. 717 : « Le jugement d'adjudication *dûment transcrit* » purge toutes les hypothèques et les créanciers n'ont plus » d'action que le prix. » — « Ainsi dit M. Seligmann, la » transcription du jugement d'adjudication a pour effet de » purger non seulement les hypothèques inscrites, mais » aussi celles qui sont dispensées d'inscription ». M. Chauveau (*quest.* 2403, p. 950), semble aussi adopter ce

système. « Il est certain, dit-il, que lorsque les formalités » de la poursuite ont été régulièrement observées, la transcription du jugement d'adjudication opère la purge de » toutes les hypothèques. » Puis, distinguant entre le droit de suite et le droit de préférence, il ajoute : « Le premier, » qui suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe pour » lui conserver son caractère de chose attachée à la garantie de la créance, avec faculté d'en poursuivre la » réalisation en argent soit par voie de saisie, soit par voie » de surenchère, est *irrévocablement éteint par la transcription du jugement d'adjudication* ».

Cette opinion donne au texte une étendue qu'il n'a pas dans la réalité, et nous ne la croyons pas exacte.

En effet, on ne peut apercevoir de différence en ce qui concerne les créanciers inscrits entre leur situation avant et leur situation après la transcription. L'effet de purge attaché à l'adjudication tient à ce que les créanciers inscrits sont liés à la vente, à ce qu'ils doivent surveiller leur gage et faire en sorte qu'il aille par l'adjudication à sa vraie valeur, tient, en un mot, à ce que le prix est déterminé et fixé à leur égard, et qu'alors leur droit quittant l'immeuble s'est posé sur le prix, s'est réalisé. Mais entre les créanciers inscrits et l'adjudicataire, c'est le jugement d'adjudication qui produit ces effets, et non sa transcription.

Aussi ce système a-t-il été battu en brèche avec beaucoup de chaleur par MM. Ollivier et Mourlon (n° 233, p. 422).

2° SYSTÈME. — D'après ces auteurs, c'est l'adjudication qui purge les hypothèques, la transcription ne produit aucun effet particulier à l'égard des créanciers inscrits.

« Quelle est, en effet, disent-ils, leur condition une fois » l'adjudication transcrite ? Leur hypothèque, répond la » loi, est purgée, ils n'ont plus d'action que sur le prix. » Dire que leur hypothèque est purgée quant à l'immeuble adjudgé, c'est exprimer cette idée que l'adjudicataire » en demeure affranchi sous la condition de payer ou de

» consigner son prix d'acquisition, ou, ce qui revient au
» même, que le prix de l'immeuble étant définitivement
» fixé par l'adjudication, les créanciers le doivent accepter
» sans pouvoir exercer le droit de surenchère du dixième
» admis en matière d'aliénation volontaire (art. 2185).
» Ajouter qu'ils conserveront leur action sur le prix,
» c'est dire qu'au point de vue de leur droit de préférence
» et dans leurs rapports entre eux, l'hypothèque reste
» entière. Or, les choses ne se passent pas autrement dans
» l'intervalle qui s'écoule de l'adjudication à la transcrip-
» tion. Les créanciers ayant été liés à la saisie et par suite
» mis en demeure de veiller, dans leur intérêt, à la chaleur
» des enchères, leur gage est réputé avoir atteint son prix.
» C'est sur cette idée que repose la purge, ou l'extinction
» du droit de surenchère. Dès lors, en ce qui concerne les
» créanciers inscrits, tout est consommé par l'adjudica-
» tion, en ce sens que le prix de leur gage étant définitive-
» ment fixé, ils n'ont rien à réclamer de l'adjudicataire
» qui est prêt à le payer ou qui le consigne. Ils peuvent,
» il est vrai, dans la huitaine de l'adjudication, faire une
» surenchère du sixième, mais ce droit de surenchère
» n'est pas une conséquence de leur hypothèque, puisqu'il
» appartient à toute personne sans distinction (art. 708).
» Il ne se rattache pas davantage à la transcription, puis-
» qu'il serait ouvert même après qu'elle aurait été opérée,
» si, par extraordinaire, cette formalité venait à être rem-
» plie avant l'expiration de la huitaine après l'adjudi-
» cation. Si l'adjudicataire ne satisfait point à ses obliga-
» tions, les créanciers hypothécaires pourront sans doute
» faire revendre l'immeuble sur folle enchère (art. 733) ;
» mais, dans ce cas encore, il n'importe que l'adjudication
» ait été ou non transcrite, le droit est le même dans l'une
» et l'autre hypothèse. »

Ce système, fort bien déduit, démontre péremptoirement que la purge ressort de l'adjudication et non de la transcription, qui ne transfère à l'adjudicataire et ne retire aux créanciers inscrits aucun droit particulier.

Cependant, il n'enlève pas à la transcription son utilité, même au regard des créanciers hypothécaires ; car il lui donne cet effet de purger les hypothèques occultes, non encore inscrites, parce que tant que l'adjudication n'est point transcrite, l'immeuble adjudgé demeure, quant aux créanciers qui n'ont pas inscrit, dans le patrimoine du saisi (art. 1^{er}, n^{os} 4 et 3 de la loi de 1855), ce qui implique le droit de procéder utilement à la formalité de l'inscription (art. 6 de la même loi), et par suite de se mettre dans une condition semblable à celle des créanciers dont l'inscription a précédé l'adjudication.

Cette doctrine a été suivie par Boitard et Colmet-Daage (1). MM. Aubry et Rau l'ont également adoptée, mais en la généralisant davantage (2). Ils admettent, et c'est à juste titre, croyons-nous, que le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purge non-seulement les hypothèques constituées et inscrites avant la saisie, mais encore celles qui l'ont été soit au cours de la poursuite, soit même entre le jugement d'adjudication et sa transcription. En effet, par le fait de leur inscription (3), les créanciers qui ont inscrit après l'adjudication sont dans une situation semblable à ceux qui avaient inscrit avant ; leur droit hypothécaire a été, à la suite de l'adjudication, purgé sur l'immeuble, mais transporté sur le prix, réalisé en un mot, tout comme le droit des créanciers qui avaient inscrit avant l'adjudication ; pas plus que ceux-ci, ils ne vont avoir le droit de faire une surenchère du dixième. C'est donc l'adjudication, elle seule, qui purge toutes les hypothèques, et non la transcription. —

Mais la transcription possède cet effet puissant de clore la période où l'on peut prendre inscription sur le saisi ; ce n'est pas l'hypothèque qu'elle purge, mais littéralement

(1) *Leçons de procédure civile*, t. II, n^{os} 967 et 968, p. 408.

(2) T. III, § 293 bis, p. 500.

(3) Le créancier qui inscrit son hypothèque n'est plus un tiers au regard de l'adjudicataire, et dès son inscription, le jugement d'adjudication lui est opposable.

parlant, c'est pour les créanciers munis d'hypothèque le droit de prendre inscription ; et elle rend en conséquence les hypothèques restées occultes inefficaces.

Il résulte, en somme, de cette argumentation, que c'est toujours l'adjudication qui purge les hypothèques, parce qu'elle détermine le prix à l'encontre des créanciers hypothécaires, et qu'à ce moment le droit de suite de ces derniers se trouve transformé et transporté sur ce prix. Mais dans le cas spécial où des hypothèques n'ont pas été inscrites, et pour purger, éteindre le droit qu'auraient des créanciers possesseurs d'hypothèques de s'inscrire, il est besoin de la transcription, car seule elle arrête le cours des inscriptions dans l'intérêt de l'adjudicataire, seule elle rend le jugement d'adjudication opposable au tiers.

La formalité de la transcription est donc importante au point de vue de la purge des hypothèques depuis la loi de 1855, arrêtant ainsi le cours des inscriptions des hypothèques consenties par le saisi (1). En effet, les créanciers non encore inscrits et qui auraient acquis une hypothèque à quelque moment que ce fût, même après la transcription de la saisie, même après l'adjudication, pourront l'inscrire jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, et dans ce cas, ils seront dans une situation analogue à celle des créanciers dont l'inscription a précédé l'adjudication ; tandis qu'après la transcription, les tiers ne pourront plus opposer à l'adjudicataire les droits qu'ils auront reçu du saisi, droits qui seront alors absolument inefficaces.

Tel est l'effet de la transcription ; il suffit pour réfuter la solution de M. Lemarcis (2), qui dans les adjudications sur saisie immobilière, considérait cette formalité comme complètement inutile. « Il nous semble, dit-il, que le droit » de l'adjudicataire ne saurait avoir rien à craindre du

(1) On admet, en effet, aujourd'hui, que l'art. 686, C. pr., par cela seul qu'il enlève au saisi le droit seulement d'aliéner l'immeuble, lui laisse le droit de l'hypothéquer.

(2) *Comment.* sect. 2, n° 6, cité par Dalloz, *Vo Transcription*, n° 370.

» défaut de transcription. Car le saisi qui, dès la transcription de la saisie, a perdu le droit d'aliéner au détriment des créanciers inscrits et du saisissant, ne recouvrera pas ce droit, sans doute, après l'adjudication. Le résultat contraire serait trop bizarre et certes, l'intention de la loi n'a pas été de la consacrer. »

MM. Ollivier et Mourlon (n° 235, page 424, note 1) voient encore un autre effet produit par la transcription du jugement d'adjudication. Ce serait elle qui, d'après ces auteurs, dispenserait les créanciers hypothécaires de la nécessité de renouveler leurs inscriptions. Ils admettent bien, comme nous l'avons vu, que l'adjudication opère la purge des hypothèques inscrites ; mais ils n'admettent plus cette solution, que nous considérons comme le corollaire de la première, savoir que l'adjudication imprime « aux inscriptions antérieures un effet complet et tel qu'elles soient désormais affranchies de la loi du renouvellement. » — Ils retombent alors dans la doctrine de M. Troplong (*Transcription*, n° 272), et Seligmann (n° 82), après l'avoir énergiquement combattue.

Nous soutenons au contraire avec MM. Aubry et Rau (1), Pont (2), et la majorité des auteurs, que dans une expropriation forcée l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal à partir du jugement d'adjudication, et que dès ce moment les créanciers sont dispensés de renouveler leurs inscriptions, tout aussi bien dans leurs rapports avec l'adjudicataire que dans leurs rapports les uns à l'égard des autres.

L'adjudication, avons-nous conclu plus haut, purge les hypothèques. Mais qu'est-ce que la purge ? C'est, pour les hypothèques, la transformation du droit sur l'immeuble en un droit sur le prix. Dès que l'adjudicataire est devenu débiteur du prix, les créanciers hypothécaires en sont devenus attributaires au rang qui leur est fixé par l'inscription. Ne semble-t-il pas que dès lors cette dernière

(1) T. III, § 280, p. 375 et 376, note 44.

(2) PONT, t. XI, n° 4056.

ait produit son effet légal, et qu'à partir de ce moment, ils soient dispensés de la renouveler.

Cette question, déjà discutée avant la loi de 1855, avait été résolue par la doctrine et la jurisprudence dans ce dernier sens. On justifiait ainsi cette solution : le jugement d'adjudication, disait-on, arrête le cours des inscriptions ; puis, en transformant le gage immobilier des créanciers en un prix irrévocablement fixé, il faisait produire tout leur effet aux hypothèques ; enfin, il constituait l'adjudicataire débiteur personnel et direct des créanciers (1).

Mais depuis la loi du 23 mars 1855, les avis se sont partagés. MM. Troplong (2), Seligmann, Ollivier et Mourlon prétendent que cette loi a apporté une modification aux principes antérieurs.

Les deux premiers auteurs, fidèles à leur système qui considère que la purge des hypothèques inscrites ne s'opère que par la transcription, font dépendre également de la transcription la dispense pour les créanciers de renouveler leur inscription. Ainsi s'exprime M. Seligmann » (art. 717, n° 82) : « Le droit de suite est éteint au moment » de la transcription du jugement d'adjudication, pourvu » que le prix en soit payé ou consigné ; aussi les créan- » ciers hypothécaires sont-ils dispensés, dans ce cas, de » renouveler les inscriptions qui périssent après l'accom- » plissement de cette formalité, laquelle arrête le cours » des inscriptions. En effet, l'inscription a atteint son but » à ce moment, et il est inutile de la renouveler, puisque » l'immeuble est affranchi de toute hypothèque entre les » mains de l'adjudicataire et que les créanciers n'ont » d'action que sur le prix. »

Il cite à l'appui un jugement du tribunal civil de Laon,

(1) Voir sur ce point : GRENIER, t. I, 108 ; — TROPLONG, *Privil. et hyp.*, t. III, 717 ; — DURANTON, t. XX, 463. — ZACHARIE, § 281, texte et note 9 ; *Cass.*, Rêq. *rejet*, 7 juillet 1829. *Sir.* 29, 1, 349 ; — Toulouse, 18 juin 1830. *Sir.* 30, 2, 364. — Rêq. *rej.* 14 juin 1831. *S.* 31, 1, 357. — Bordeaux, 24 février 1831. *Sir.* 31, 2, 147. — Angers, 4 janvier 1834. *S.* 34, 2, 172.

(2) *Transcription*, n° 272.

du 27 juin 1858, dont voici un des motifs principaux :
« Attendu que jusqu'à la transcription, l'immeuble adjudgé
» peut encore être grevé d'hypothèques ; — que, dans cet
» état de choses, l'acquéreur ne peut plus être censé avoir
» pris l'engagement de payer son prix seulement aux
» créanciers inscrits au moment de l'adjudication, d'après
» le rang qu'avaient leurs inscriptions....., qu'il résulte
» des principes de la législation nouvelle que le maintien
» des inscriptions est nécessaire à cause de la faculté, en
» vertu de la loi sur la transcription, donnée au saisi de
» grever d'hypothèques en faveur de tiers l'immeuble
» adjudgé, jusqu'à la transcription..... qu'une distinction,
» selon que le débat s'élève entre créanciers inscrits avant
» l'adjudication et ceux postérieurement inscrits, pro-
» duirait cet effet étrange et inadmissible, que la même
» inscription serait périmée vis-à-vis des derniers faute
» de renouvellement, et valable vis-à-vis des premiers. »

Ces motifs ont dû inspirer MM. Ollivier et Mourlon (n° 235, p. 242 et suiv.) qui ne voyant plus, depuis la loi de 1855, le cours des inscriptions arrêté par l'adjudication, mais par la transcription, en ont conclu que cette dernière seule pouvait faire cesser la nécessité du renouvellement. Si, en effet, argumentent-ils, l'adjudicataire (art. 1^{er}, loi de 1855), n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à dater du jugement d'adjudication, comme jusque-là l'immeuble appartient au saisi, ses créanciers peuvent toujours s'inscrire, et plus tard disputer, aux autres, dans l'ordre, le prix de l'immeuble. Ne s'ensuit-il pas que les créanciers se trouvent par cela même dans la nécessité de renouveler leur inscription pour rendre leur droit opposable aux créanciers qui se sont inscrits depuis l'adjudication ?

Cette opinion a rallié à elle une partie de la jurisprudence (1).

Nous pensons cependant que l'adjudication et non la

(1) Voir : *Cass.* 22 janvier 1877, *Dall.* 77, 1, 249 ; — Nîmes, 14 juillet 1884, *Dal.* 85, 2, 159-160 ; — Bordeaux, 4^{er} décembre 1885, *Dal.* 87, 2, 12 ; — Aix, 19 juin 1884, *Dal.* 86, 2, 172.

transcription fait produire à l'inscription son effet légal et la dispense ainsi de renouvellement.

Une chose est vraie : c'est qu'avant la loi de 1855, existait un motif de plus pour le décider ainsi ; car alors le jugement d'adjudication par lui seul, et sans qu'il fût besoin de transcription, arrêtait le cours des inscriptions. Mais, cette raison n'était pas la seule. Autrefois, on se fondait aussi et principalement, pour dispenser du renouvellement, sur ce que l'adjudication formait un contrat entre les créanciers inscrits et l'adjudicataire, et sur ce que l'ordre avait un effet rétroactif jusqu'au jour de l'adjudication.

Or, aujourd'hui, il en est toujours de même.

Quel est, en effet, l'acte qui règle le droit des créanciers inscrits pour la distribution du prix ? quel est l'acte qui convertit le droit réel des créanciers sur l'immeuble en un droit de préférence sur le prix, et qui les subroge sur ce même prix aux droits de leur débiteur ? si ce n'est l'adjudication. Ce n'est pas le jugement d'ordre qui donne aux créanciers leur rang ; il ne fait que le déclarer ; c'est au moment de l'adjudication que le juge doit se placer pour déterminer le rang qui appartient, en vertu de son inscription, à chaque créancier colloqué. Et la raison, M. Pont nous la donne (1). « L'adjudication, dit-il, constitue entre » l'adjudicataire et les créanciers inscrits, devenus parties » dans la poursuite par l'effet de la notification qui a dû » leur être faite d'après les art. 692 et 693, Code proc., un » *contrat judiciaire*, se résumant en une indication virtuelle de paiement en leur faveur, et en un engagement » tacite de la part de l'adjudicataire de les payer à leur » rang jusqu'à concurrence de son prix. » Si donc l'adjudicataire est obligé par un contrat judiciaire à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits, le moment où se forme ce contrat ne peut être que celui de l'adjudication, puisque seule elle confère aux créanciers un droit irrévocable sur le prix. La transcription, elle, est sans influence

(1) *Privil. et hyp.*, PONT, t. XI, n° 1056, p. 434.

sur les rapports entre l'adjudicataire et ses créanciers. Lorsque l'adjudicataire transcrit, il est seul en présence, et par conséquent, comment pourrait-il se former aucun contrat entre lui et les créanciers.

Telle est aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau (1). « En » effet, disent-ils, aujourd'hui comme autrefois, l'adjudi- » cataire devient par l'effet même du jugement d'adjudi- » cation, et en vertu d'un véritable contrat judiciaire, » débiteur direct de son prix envers les créanciers inscrits » en ce moment. Si de nouvelles inscriptions peuvent être » prises jusqu'à la transcription du jugement d'adjudi- » cation, il n'en résulte pas que ces créanciers aient besoin » de renouveler leurs propres inscriptions pour conserver » un droit qui leur était irrévocablement acquis. »

Ajoutons que le contrat judiciaire, qui par le fait de l'adjudication précédée des sommations prescrites par l'art. 692, existe entre les créanciers inscrits et l'adjudicataire, se trouve également formé entre cet adjudicataire et les créanciers qui s'inscrivent postérieurement à l'adjudication ; car ces derniers, en s'inscrivant, se sont trouvés placés dans une situation identique à la situation des créanciers précédemment inscrits, ils sont considérés comme liés à la procédure ; et aux uns comme aux autres, le jugement d'adjudication est opposable et par là même le contrat judiciaire qui en est résulté avec l'adjudicataire.

Ce système a été suivi par plusieurs Cours d'appel (2) ; mais la Cour suprême a consacré l'opinion contraire dans son arrêt du 22 janvier 1877 (3).

La Cour de Caen, notamment dans son arrêt du 9 mai 1871, s'appuyant sur ce que le jugement d'adjudication, qui a fixé irrévocablement le prix de l'immeuble exproprié, a fait produire tout son effet au privilège existant au

(1) T. III, § 280, note 14.

(2) Voir : Caen, 9 mai 1871. *Dal.* 76, 2, 102. — Bordeaux, 19 novembre 1868. *Sir.* 69, 2, 117. — Agen, 16 novembre 1886. *Dall.* 87, 2, 109-110.

(3) *Dal.* 77, 1, 249.

profit du créancier, déclare : « qu'il n'existe, en effet, rien » d'impossible en soi à ce que le créancier inscrit valable- » ment au moment de l'adjudication, et dont le privilège a, » dans sa réalité, produit tout son effet utile, soit main- » tenu dans son droit de prendre part à la distribution » des deniers, sans avoir besoin de renouveler son ins- » cription, et que la faculté de participer à cette même » distribution existe au profit d'un autre créancier qui n'a » été inscrit que depuis la réalisation du gage, tout en lui » refusant le droit de se prévaloir de la péremption de » l'inscription de ce premier créancier. »

Le jugement d'adjudication purge donc les hypothèques des créanciers, réalise leur droit, et par là même les dispense de renouveler leur inscription ; mais, comme nous en avons posé le principe au début du chapitre, à une condition, c'est que l'adjudicataire paie son prix ou le consigne.

Il est nécessaire, pour compléter l'étude que nous venons de faire, de traiter de cette condition du paiement.

« Tant que le paiement n'est pas effectué, dit Troplong (1), » les privilèges et hypothèques subsistent toujours sur » l'immeuble. Le gage n'est libéré que par la numération » du prix. » Cela se comprend : le but de l'hypothèque est le paiement au créancier de sa créance, le moyen employé est l'adjudication du gage sur expropriation forcée, et l'exécution de l'adjudication elle-même n'est pas autre chose que le paiement par l'adjudicataire de son prix, ou sa consignation. Le paiement effectif du prix est donc sous-entendu, et s'il n'avait pas lieu, la purge ne s'opérerait pas, c'est-à-dire le droit hypothécaire revivrait sur l'immeuble à défaut de prix payé ou consigné. L'art. 717 le démontre implicitement lorsqu'il dit : « Le jugement » d'adjudication, dûment transcrit, purge toutes les hypo-

(1) *Hyp.* t. III, p. 205, n° 724.

» thèques et les créanciers n'ont plus *d'action que sur le*
» *prix.* »

L'action des créanciers sur l'immeuble est changée par la purge en action sur le prix, c'est le principe même de la réalisation de l'hypothèque ; mais pour cela, il faut que le prix existe, que le paiement soit effectif.

L'art. 777, 1^{er} alinéa. C. pr., le prouve plus clairement encore lorsqu'il dit : « L'adjudicataire sur expropriation » forcée, qui veut faire prononcer la radiation des inscriptions avant la clôture de l'ordre, doit consigner son » prix et les intérêts échus, sans offres réelles préalables. » C'est dire que les inscriptions des créanciers grèvent toujours l'immeuble tant que le prix n'est pas payé, et qu'en conséquence la première formalité à accomplir par l'adjudicataire pour en obtenir la radiation, est la consignation du prix avec les intérêts.

La purge opérée par le jugement d'adjudication est donc conditionnelle, elle est suspendue jusqu'au moment du paiement ou de la consignation ; mais la condition accomplie, elle retroagit jusqu'au jour de l'adjudication, qui seule règle les droits des créanciers envers l'adjudicataire et des créanciers entre eux.

Qu'arrive-t-il si le prix n'est pas versé ou consigné ? La purge ne s'est pas opérée ; les créanciers conservent leur droit de suite sur l'immeuble, et poursuivent la folle enchère sur l'adjudicataire. Les choses sont par là même remises en l'état où elles se trouvaient avant l'adjudication sur saisie. Et cela est si vrai que les auteurs et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui, presque unanimement, comme nous allons le voir à la fin du chapitre, que la deuxième adjudication, qui est alors sur folle-enchère, n'a pas le pouvoir de purger l'immeuble des hypothèques, et que la surenchère du dixième est encore possible après la revente.

Faute de paiement donc, les créanciers conservent leur droit sur l'immeuble. De là cette conséquence : si l'adjudicataire, après avoir transcrit, revend l'immeuble,

sans en avoir payé le prix, à une personne qui fait également transcrire son contrat, cette vente et la transcription n'auront pas purgé les hypothèques des créanciers, qui auront toujours conservé leur droit de suite sur l'immeuble et pourront le faire vendre en expropriant le sous-acquéreur.

Cependant il est bon de remarquer que, pour que ce résultat se produise, une condition est nécessaire : c'est que les créanciers hypothécaires aient eu soin de conserver leur droit de suite à l'encontre des sous-acquéreurs, et leur droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels de ces derniers, en ne laissant pas périmer leur inscription sur l'immeuble, mais en la renouvelant en temps utile (1).

On voit déjà apparaître une restriction au principe posé par nous antérieurement, savoir que l'inscription a produit tout son effet légal par l'adjudication et n'a plus besoin d'être renouvelée, principe qu'il ne faut pas entendre dans un sens trop absolu. En effet, tant que le prix n'est pas payé par l'adjudicataire, et tant qu'il y a à craindre qu'il n'aliène la chose, il est indispensable de renouveler l'inscription, afin de pouvoir conserver le droit de suite contre tout détenteur possible autre que l'adjudicataire. Où le renouvellement est inutile, c'est seulement lorsque l'adjudicataire consigne son prix, ou le paie aux créanciers, parce que le contrat judiciaire intervenu entre les créanciers et l'adjudicataire lors de l'adjudication, a été validé, exécuté ; parce que la purge, soumise à la condition suspensive du paiement, s'est opérée, que l'inscription a produit tout son effet légal. « Mais, dit » Troplong, si cet état de choses vient à changer, si l'adjudicataire aliène, et qu'il faille retirer l'immeuble des » mains des tiers-détenteurs, dira-t-on que l'inscription a

(1) AUBRY et RAU, t. III, § 280, *in fine*, note 25, p. 380. — TROPLONG, *priv. et hyp.* III, p. 198 ; — CHAUVEAU, *quest.* 2608, 4. — SELIGMANN, *des saisies immobilières*, n° 546. — *Cassat.* 21 mars 1848. *Sir.* 48, 1, 273. En sens contraire, DURANTON, t. XX, n° 166.

» produit tous ses effets ? Ce serait une grave erreur.
» Elle n'a pas produit tous ses effets ; — car elle n'a
» épuisé le droit de suite qu'à l'égard de l'adjudicataire, et
» il faut poursuivre maintenant ce droit contre des tiers-
» détenteurs qui possèdent avec des titres respectables . . .
» Elle n'a pas produit tous ses effets, car, sûre du paye-
» ment, elle n'avait plus qu'à se reposer et à attendre,
» tandis qu'aujourd'hui le paiement échappe, et pour
» le retrouver, il faut ressaisir la chose, ce qui ne peut se
» faire qu'à l'aide d'une inscription vivante (1) ».

Pour exercer le droit de suite contre des tiers-détenteurs qui ont acquis un immeuble d'un adjudicataire et ont fait transcrire leur acte d'acquisition, il faut se trouver dans les conditions de l'art. 2166 du Code civil, avoir privilège ou hypothèque inscrite sur l'immeuble. Et on ne le peut avec une inscription périmée. On ne peut, dans ces cas, agir que contre le premier adjudicataire, et cela parce qu'il s'est rendu par l'adjudication débiteur du prix envers les créanciers, aux yeux desquels il n'est pas affranchi du paiement. Les créanciers qui n'auraient pas renouvelé leur inscription postérieurement au jugement d'adjudication, auraient encore, je crois, la ressource d'exercer, en vertu de l'art. 1166, du chef du premier adjudicataire constitué par l'adjudication leur débiteur direct, soit le privilège de vendeur que possède cet adjudicataire contre son acquéreur, et qui se trouve conservé par l'inscription d'office, soit encore l'action en résolution contre le même. Ils feraient alors rentrer le prix de vente, ou l'immeuble, dans le patrimoine de l'adjudicataire et viendraient par préférence aux autres créanciers de ce dernier, et même aux créanciers chirographaires du vendeur originaire, ou saisi, car, par le fait de l'adjudication, l'inscription n'en aura pas moins produit son effet légal au regard de cet adjudicataire et du saisi. C'est la situation la plus favorable, à mon avis, qui puisse être faite aux créanciers qui auraient laissé

(1) *Priv. et hyp.*, t. III, n° 722, p. 200.

périmer leur inscription postérieurement à l'adjudication sur saisie. Mais ils seraient toujours primés par les créanciers de leur catégorie qui, ayant toujours opéré le renouvellement de leurs inscriptions, exerceraient le droit de suite directement contre le sous-acquéreur.

On voit donc combien il est prudent pour un créancier hypothécaire de ne pas négliger le renouvellement de son inscription après l'adjudication, après la transcription, et même après que des bordereaux de collocation lui ont été octroyés sur l'adjudicataire et jusqu'au moment où il y a eu consignation, ou bien où il a obtenu son paiement effectif et intégral ; car il a toujours à craindre une revente de la part de l'adjudicataire, revente qui lui serait, par la transcription, opposable comme à tous les tiers, et lui ferait perdre son droit de suite sur l'immeuble affecté à la garantie de sa créance.

Voilà comment s'opère la purge des hypothèques, la réalisation du droit des créanciers qui ne sont pas dispensés d'inscription, dans les ventes forcées. L'étude des différents systèmes exposés nous a montré combien il était difficile d'y déterminer, d'y préciser le moment exact où se produisait la purge, c'est-à-dire la libération de l'immeuble et l'affectation du prix, à cause des distinctions ou des restrictions qu'il faut faire.

Il nous faut maintenant entrer dans l'étude des effets de la procédure de saisie-immobilière, spécialement du jugement d'adjudication précédé des sommations prescrites par l'art. 692, C. pr., et de sa transcription à l'égard des créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription.

SECTION II

EFFETS VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS A HYPOTHÈQUES LÉGALES DISPENSÉES D'INSCRIPTION.

Dans notre première partie, nous avons exposé les différents systèmes soutenus sur le point de savoir si, sous l'empire du Code civil et du Code de procédure, l'adjudication sur expropriation forcée n'avait pas dérogé à la règle de l'ancien droit : « décret forcé nettoie toutes hypothèques », et avait encore pour effet de purger les hypothèques légales comme les autres.

Nous avons montré comment la Cour de cassation, après avoir longtemps appliqué la doctrine de la majorité des auteurs, reconnu à ces adjudications le pouvoir de purger par elles-mêmes les hypothèques légales, avait, par un arrêt de rejet rendu en chambres réunies, le 22 juin 1833 (1), inauguré une jurisprudence contraire, confirmée par de nouvelles décisions; comment le projet de la Commission des deux Chambres, lors de la confection de la loi du 2 juin 1841, avait essayé de réaliser un progrès, en rattachant les formalités de la purge légale à celles de la saisie, en imposant au poursuivant l'obligation de les remplir cumulativement, projet qui ne fut pas adopté; comment enfin le législateur de 1858, plus hardi, opéra cette réforme et trancha la question en décidant, par une disposition ajoutée au Code de procédure, que le jugement d'adjudication dûment transcrit, purgeait toutes les hypothèques, sans exception, et ne laissait aux créanciers qu'un droit sur le prix, mais à la condition de lier à la procédure de saisie les créanciers munis d'hypothèques légales dispensées d'inscription (art. 717 et 692).

(1) *Sir.* 33, 1, 448.

Voyons maintenant l'effet du jugement d'adjudication relativement à la purge des hypothèques légales.

Voici l'économie des art. 692 et 717.

Dans les huit jours du dépôt, au greffe, du cahier des charges, une sommation est faite aux créanciers munis d'une hypothèque légale non inscrite. Elle contiendra deux avertissements : ils seront mis en demeure, par l'un, d'intervenir à la saisie, d'en surveiller les opérations; d'attirer les enchérisseurs; par l'autre, d'inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication. « Pareille sommation (de prendre communication » du cahier des charges), dit l'art. 692, al. 2, sera faite à la » femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, » au subrogé-tuteur des mineurs ou interdits, aux mineurs » devenus majeurs, si, dans l'un et l'autre cas, le mariage » et la tutelle sont connus du poursuivant d'après son » titre. Cette sommation contiendra en outre l'avertis- » sement que pour conserver les hypothèques légales sur » l'immeuble exproprié, il sera nécessaire de les faire » inscrire avant la transcription du jugement d'adjudi- » cation. Copie en sera notifiée au Procureur de la Répu- » blique de l'arrondissement où les biens sont situés, » lequel sera tenu de requérir l'inscription des hypothèques » légales existant du chef du saisi sur les biens compris » dans la saisie. »

Si les créanciers à hypothèques légales sont inconnus et n'ont pas reçu par là même de sommation, la loi prend des mesures spéciales pour les lier à la procédure. A cet effet, elle prescrit de requérir, dans les placards, insertions et affiches, tous ceux du chef desquels il pourrait être pris inscription pour raison d'hypothèque légale, de s'inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication (art. 696, Code proc.).

Du moment donc que ces créanciers étaient reliés à la poursuite, on pouvait, sans injustice, les soumettre au droit commun. Aussi l'art. 717 déclare-t-il que, s'ils n'ont pas inscrit leur hypothèque avant la transcription du jugement

d'adjudication, leur droit de suite sur l'immeuble se trouve détruit : « Le jugement d'adjudication, dûment transcrit, » purge *toutes* les hypothèques et les créanciers n'ont plus » d'action que sur le prix . . . Les créanciers à hypothèques » légales *qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant* » *la transcription du jugement d'adjudication*, ne conservent le droit de préférence sur le prix, qu'à la condition » de produire, avant l'expiration du délai fixé par l'art. 754 » dans le cas où l'ordre se règle judiciairement et de faire » valoir leurs droits avant la clôture si l'ordre se règle » amiablement, conformément aux art. 751 et 752. »

Leur droit de suite est éteint faute d'inscription avant la transcription, il est éteint en se transformant d'une façon éventuelle, avec transport sur le prix, puisque ces créanciers conservent leur droit de préférence quelque temps après, qu'ils s'inscrivent ou ne s'inscrivent pas. La différence, c'est que, s'ils s'inscrivent lors de l'ouverture de l'ordre, ils recevront un avis de produire, qu'autrement ils ne recevraient pas. Dans les deux cas, ils doivent se présenter à l'ordre, sous peine de déchéance, avant la clôture, si l'ordre est amiable, dans les quarante jours fixés par l'art. 754, si l'ordre est judiciaire. L'art. 717 ne parle que de ces deux espèces d'ordres, mais il y a deux autres hypothèses : l'ordre peut être consensuel, alors ils conservent leur droit de préférence jusqu'au moment où l'ordre sera clos par l'acceptation de tous les créanciers ; il peut n'y avoir point d'ordre d'ouvert trois mois après l'adjudication, cas où, je crois, il y a lieu de raisonner par analogie des art. 2194 du Code civil et 772 du Code de procédure. Mais cette question de conservation du droit de préférence sort du cadre de notre étude, elle ne rentre plus dans l'hypothèse de réalisation du droit hypothécaire ; nous n'avons à nous occuper que de la purge du droit de suite qui, en le transformant, seule réalise ce dernier droit (1).

(1) Voir au surplus sur ces différents points : OLLIVIER et MOURLON, nos 245 et suiv., p. 431 ; — SELIGMANN, nos 95 et suiv., p. 210 ; — HOUYET, *de l'Ordre*, n° 41 ; — CARRÉ et CHAUVEAU, *quest.* 2403, p. 951 et suiv.

Il importe d'abord de bien déterminer à quelles personnes s'appliquent les art. 692 et 717.

Sur l'interpellation de M. Busson, député, pour savoir quel était le sens précis des mots « créanciers à hypothèque légale », dont se sert l'art. 717, M. Juin, conseiller d'Etat, commissaire du gouvernement, répondit : « Il ne s'agit, dans l'art. 717, que des effets de la purge des hypothèques légales vis-à-vis des créanciers qui ne sont pas obligés de s'inscrire. Les autres créanciers à hypothèque légale, tels que le Trésor, l'administration de la justice pour le paiement de ses frais, les comptables, ne sont pas ici en cause. D'après l'art. 2134, le créancier à hypothèque légale est, en principe général, obligé d'inscrire. L'art. 2135 règle les exceptions. Il s'agit ensuite du mode de purger ces hypothèques exceptionnelles dispensées d'inscrire ; mais, comme il n'est question ici que des art. 2194 à 2195, on n'a en vue que les femmes, les mineurs et non les créanciers à hypothèque légale de l'art. 2134 (1).

Il résulte de ces observations qu'on ne s'occupe que de l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits. Ces personnes doivent donc faire inscrire leurs hypothèques, ou leurs subrogés-tuteurs, ainsi que le procureur de la République, doivent le faire pour eux, sur les sommations qui leur sont adressées conformément à l'art. 962, modifié par la loi du 21 mai 1858. Si l'inscription est prise par ces incapables ou pour eux, ils deviennent des créanciers inscrits, et tout ce qui a été dit précédemment sur la position de ceux-ci, leur est applicable.

Mais, s'ils n'ont pas pris inscription ou s'il n'en a pas été pris pour eux, leur hypothèque légale sera purgée par la transcription du jugement d'adjudication, en ce sens qu'ils auront perdu leur droit de suite contre l'adjudicataire. C'est la conséquence de l'art. 692 qui s'exprime ainsi : « Pour conserver les hypothèques légales sur l'im-

(1) SELIGMANN, nos 258 et 259, p. 94 et 95, et no 85, p. 204.

» meuble exproprié, il sera nécessaire de les faire inscrire
» avant la transcription du jugement d'adjudication. »

Il se rencontre aussi que, s'ils se sont inscrits en temps utile, leur hypothèque sera également purgée, en ce sens que le prix de l'immeuble étant définitivement fixé par l'adjudication, le droit de surenchérir du dixième n'a pas lieu comme en matière d'aliénation volontaire; c'est la conséquence de l'art. 717, qui règle de la même façon les rapports de l'adjudicataire avec les créanciers à hypothèque légale, qu'ils soient ou non inscrits.

Ainsi donc, dans les deux cas, qu'ils aient inscrit ou non, les droits des créanciers à hypothèque légale se trouvent purgés vis-à-vis de l'adjudicataire par le jugement d'adjudication et transformés en un droit sur le prix, où s'exercera ensuite leur droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers du saisi.

Là aussi ce n'est pas la transcription qui aura purgé, réalisé le droit de ces créanciers à hypothèque légale, ce sera le jugement d'adjudication. Mais la transcription aura cette grande utilité pour l'adjudicataire, qu'elle éteindra, qu'elle purgera le droit de ces créanciers de s'inscrire et rendra ainsi à son égard leur hypothèque inefficace; tandis que, à la différence des créanciers non dispensés d'inscription et qui ne se sont pas inscrits, elle n'éteindra pas le droit de préférence des créanciers à hypothèque légale, qui continuera de s'exercer vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires.

Pour que la purge s'opère, il faut toujours sous-entendre cette condition que l'adjudicataire remplira ses obligations, c'est-à-dire paiera ou consignera son prix. Sans cela les droits des femmes, des mineurs et des interdits revivraient, *de plano*, sur les immeubles adjugés, même à l'encontre des ayants-cause des adjudicataires (et remarquons-le bien, sans qu'il y ait à craindre de péremption d'inscription comme pour les créanciers non dispensés d'inscription), car, comme point ne leur est besoin de s'inscrire pour rendre leurs hypothèques opposables aux

tiers, les immeubles sortis du patrimoine du saisi en resteraient toujours grevés. Là ne se pose plus la question si importante du renouvellement, à l'instar des hypothèques ordinaires, puisque, primitivement et sans les suites de l'expropriation forcée, la femme, le mineur ou l'interdit n'auraient pas été obligés de s'inscrire sur l'immeuble pour conserver leur droit (1).

Voici, au contraire, un cas où le renouvellement s'impose.

La femme a le droit de subroger un créancier dans son hypothèque légale ; or le créancier subrogé, qui exerce ainsi les droits de la femme, sera-t-il tenu, dans l'hypothèse spéciale où nous nous sommes placés, de renouveler l'inscription à son profit, dans le cas où la femme a inscrit, pour conserver son droit de suite contre des sous-acquéreurs ? On pourrait raisonner ainsi et dire, du moment que la purge ne s'est pas opérée faute d'exécution par l'adjudicataire de ses engagements, la femme est considérée comme n'ayant pas été obligée d'inscrire, et, si elle l'a fait et que son inscription soit périmée, elle n'en a pas moins conservé son droit sur l'immeuble ; or le créancier subrogé aux droits de la femme devra jouir des mêmes avantages (2), et il n'aura pas besoin de renouveler en temps utile l'inscription déjà prise. Je ne le crois pas. La loi de 1855 s'exprime ainsi dans son art. 9 : « Dans » le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque » légale, ou y renoncer, cette cession ou cette renoncia- » tion doit être faite par acte authentique, et les cession- » naires *n'en sont saisis à l'égard des tiers* que par l'*ins-* » *cription* de cette hypothèque prise à leur profit, ou par » la mention de la subrogation en marge de l'inscription » préexistante. » Il en résulte qu'il faut au créancier

(1) Nous ne prévoyons pas ici le cas où ces créanciers auraient été obligés de s'inscrire en vertu de l'art. 8 de la loi du 25 mars 1855, c'est-à-dire dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

(2) A la condition, bien entendu, qu'il ait fait mentionner sa subrogation en marge de l'inscription.

subrogé, pour rendre son hypothèque opposable aux tiers, l'inscrire ou mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante. La loi parle des tiers au sens général, et ces tiers sont tous ceux qui ont des droits sur la chose du chef de qui que ce soit, et non pas seulement du chef de la femme (1). Et si, à l'égard des tiers, le créancier subrogé est obligé d'inscrire ou de mentionner, il sera de même obligé de renouveler en temps utile les inscriptions déjà prises, pour conserver son droit envers le sous-adjudicataire, tandis que la femme dont l'hypothèque est dispensée d'inscription, ne sera pas tenue de le faire pour conserver le même droit (2).

De même que l'art. 692 du Code de proc., une autre disposition législative vient limiter le temps pendant lequel les femmes, mineurs et interdits doivent s'inscrire, non pas pour perdre leur droit de suite, mais ici leur droit de préférence. En effet, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 donne un an à partir de la dissolution du mariage ou de la majorité pour inscrire ces hypothèques légales, avec le rang qu'elles ont toujours occupé. Cette année expirée, ces hypothèques peuvent encore être inscrites, à la condition, toutefois, qu'il ne se soit produit aucun des événements qui arrêtent le cours des inscriptions (3), mais alors elles ne prennent plus rang que du jour même de l'inscription, au lieu de conserver leur rang primitif. Il n'y a plus là

(1) D'ailleurs, l'esprit de la loi de 1855 est de rendre le plus possible la propriété libre des droits qui peuvent la grever, ou tout au moins de rendre publics ces droits.

(2) L'addition importante faite à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 par une loi récente du 13 février 1889, ne modifie pas notre hypothèse.

La loi nouvelle est faite au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, et non d'un créancier subrogé par la femme dans son hypothèque légale. Elle prévoit les cas de subrogation expresse ou tacite en faveur de l'acquéreur dans l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble qu'il a acquis du mari.

(3) C'est-à-dire qu'il ne faut que, soit pendant la durée du mariage ou de la tutelle, soit avant l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il y ait eu d'expropriation forcée des immeubles du mari, ou du tuteur, comme nous l'avons vu, ou bien d'aliénation volontaire suivie des formalités prescrites par les art. 2193 et 2194 ; ou bien encore d'expropriation pour cause d'utilité publique, comme nous le verrons dans la suite.

de question de purge des hypothèques, ni de réalisation, mais de préférence que nous n'avons pas à étudier.

Ces créanciers dispensés d'inscription sont donc tantôt dans une situation égale aux autres créanciers, tantôt dans une situation plus favorisée, parce que le législateur, tout en rendant l'efficacité de leur hypothèque indépendante de la formalité de l'inscription, s'est cependant attaché à maintenir autant que possible le principe de la publicité.



APPENDICE

Pour compléter l'étude des effets de la purge dans les ventes forcées, il est nécessaire de jeter un rapide coup d'œil sur deux espèces bien voisines, je veux dire la vente sur conversion de saisie et la revente sur folle enchère.

§ 1^{er}. — *Vente sur Conversion de Saisie.*

Demandons-nous comment se réalise le droit hypothécaire, comment se transforme le droit du créancier sur l'immeuble en un droit sur le prix, dans ces sortes de ventes ?

Avant la loi du 2 juin 1841, une convention fort usitée paraissait le seul remède possible contre les effets ruineux de la saisie, c'était la clause dite *de voie parée*. Elle portait que, faute de paiement au terme convenu, le créancier aurait le droit de faire vendre l'immeuble sans suivre les formes de la saisie immobilière. Lors de la discussion de la loi, elle eut ses partisans et ses détracteurs ; bref, elle fut prohibée par le nouvel art. 742, Code proc. (1). Cette loi, d'ailleurs, lui enlevait en partie son utilité en simplifiant la procédure de saisie. Cependant un reste atténué de cette clause s'est perpétué dans le Code. L'art. 743 permet, lorsqu'un immeuble a été saisi et que la saisie a été transcrite, aux intéressés, s'ils sont tous majeurs et capables, d'arrêter la procédure de saisie immobilière, de simplifier les formes de la vente, d'en diminuer quelque peu les frais et surtout d'écarter le dommage moral qui résulte de la

(1) Rapport de M. Persil à la Chambre des pairs, *Séance du 23 mars 1840*. — LAVIELLE, *Revue critique*, 1860, XVII, p. 43, pour le rétablissement de cette clause ; contre, même revue, M. RAMEAU, 1860, XVII, p. 420.

poursuite et de l'exécution forcée. Un jugement intervient alors pour convertir la vente sur saisie en vente volontaire ; et l'adjudication a lieu aux enchères, devant un notaire, ou en justice, sans autres formalités ou conditions que celles qui sont prescrites pour les ventes des biens immeubles appartenant à des mineurs (art. 743).

Dans cette vente, comme dans les ventes forcées, l'adjudication opère-t-elle la purge des hypothèques ?

On ne peut répondre, *a priori*, à cette question. Il faut s'inspirer du principe qui a procédé à la confection de la loi du 2 juin 1841. Parlant de la vente sur conversion et la comparant à la vente sur saisie, « il n'y a au fond, dit » M. Persil, de changé véritablement, que quelques formalités et le mode d'adjudication. » Puis, « La conversion, » disait Tripier, n'efface pas la saisie, elle en adoucit seulement et simplifie les formes, c'est un mode mixte qui se » ressent de son origine (1) ».

Une distinction d'après la nature de cette vente, et la nature de la purge est donc nécessaire.

La conversion peut avoir lieu *avant* ou *après* les sommations prescrites aux créanciers inscrits et à ceux qui sont dispensés d'inscription par l'art. 692.

Au premier cas, lorsque la conversion a été autorisée aussitôt après la transcription de la saisie et avant les sommations, il n'y a à pouvoir consentir à la conversion que le saisissant et le saisi, les autres créanciers n'ont pas à y adhérer. Mais alors la vente se fait sans être portée à leur connaissance, sans qu'ils soient liés à la procédure, et à leur égard l'adjudication prend les caractères d'une aliénation volontaire, elle doit en avoir les effets ; l'hypothèque de ces créanciers n'est point purgée ; l'adjudicataire devra, comme pour les biens de mineurs, remplir les formalités des art. 2181 et suivants et 2193 et suivants du Code civil, relatives à la purge dans les aliénations volon-

(1) Rapporté dans Chauveau, *quest.* 2436.

taires (1). Toutefois il est un créancier envers qui la purge s'opèrera, c'est le poursuivant, s'il est créancier hypothécaire; car, son consentement étant dans tous les cas nécessaire pour que la conversion soit possible, il concourt toujours à la vente; à lui donc de surveiller son gage et de le faire porter à un prix suffisant pour le désintéresser (2).

Au second cas, lorsque les sommations ont été faites, il a fallu, pour obtenir la conversion, le consentement de tous les créanciers sommés (art. 743) (3); ils ont par là même été parties au jugement qui l'a ordonnée, ils sont liés à la procédure. La vente sur conversion participe de la nature des expropriations forcées, puisque, comme dans la saisie, les créanciers ont été, par les sommations, associés à la poursuite, qu'alors ils concourent à la vente et sont mis en demeure de veiller, dans leur intérêt, à la meilleure réalisation de leur gage. La conséquence de l'adjudication sur conversion sera d'affranchir l'immeuble de toutes les hypothèques qui le grevaient pour les reporter sur le prix, de réaliser le droit hypothécaire, de purger comme l'aurait fait un jugement d'adjudication sur saisie.

Cette solution résulte des discussions qui ont précédé la loi de 1841 et de son esprit. « L'adjudication éteindra donc » leurs hypothèques, dit M. Pascalis, car il ne faut pas le » perdre de vue, c'est bien moins l'adjudication qui purge » les hypothèques inscrites que la mise en demeure de » ceux à qui elles appartiennent (4).

C'est également la solution admise d'une façon unanime par la doctrine et la jurisprudence. — (Ollivier et Mourlon,

(1) En ce sens : Cour de Caen, 17 juin 1874. *Dalloz*, 5^{me} partie, à la table, V^o *Saisie*, n^o 9, p. 397. — Amiens, 17 mai 1851. *Sir.* 51, 2, 344. — Orléans, 15 février 1859. *Sir.* 59, 2, 361. — *Cassat.* 11 novembre 1862. *Dal.* 62, 1, 504.

(2) Voir : *Décision du Tribunal de la Seine* du 13 avril 1882. *Gazette des Tribunaux* du 15 avril suivant.

(3) DALL. Répert., V^o *Vente publ. d'imm.*, nos 4376 et suiv. — *Cass.* 11 novembre 1862. *Dal.* 62, 1, 504.

(4) Rapport à la Chambre des députés, séance du 3 juin 1840; — au DALL., Répert., V^o *Vente publ. d'imm.*, n^o 459.

Loi sur les Saisies immobilières, n° 252; — Seligmann, n° 731; — Chauveau, *quest.* 2436; — Aubry et Rau, § 293^{bis}, texte et *note* 26; — *Dijon*, 24 mars 1847. *Sir.* 47, 2410; — *Orléans*, 5 août 1853. *Sir.* 53, 2, 503).

§ 2. — *Revente sur Folle-Enchère.*

Lorsque l'adjudicataire dans une vente sur saisie ne paie pas son prix ou ne satisfait pas aux conditions imposées dans le cahier des charges, on poursuit contre lui la revente des biens adjugés sur folle-enchère. Les choses sont ainsi remises en l'état où elles se trouvaient avant l'adjudication sur saisie. On en a conclu que la seconde adjudication, qui est sur folle-enchère, n'avait pas le pouvoir de purger les hypothèques, que par conséquent le nouvel adjudicataire devait, pour libérer l'immeuble, remplir les formalités prescrites pour la purge dans les ventes volontaires, ce qui rendait même après cette revente la surenchère du dixième encore possible. Remarquons que la surenchère du sixième, elle, ne peut avoir lieu, parce que l'art. 739, C. pr., qui renvoie pour les formes de la revente sur folle-enchère aux art. 706, 707 et 711, ne comprend pas les art. 708, 709 et 710 relatifs à la surenchère du sixième (1).

Mais la surenchère du dixième est possible, disons-nous. MM. Aubry et Rau motivent cette décision en objectant : premièrement que la surenchère du sixième accordée à toute personne et qui ne découle pas d'un droit préexistant, peut bien n'être plus permise après l'adjudication sur folle-enchère, mais qu'on ne peut plus étendre cette règle à la surenchère du dixième, réservée aux seuls créanciers hypothécaires comme conséquence de leur droit de suite ; ces derniers se « trouveraient, disent-ils, déchus de la

(1) Voir sur ce point : AUBRY et RAU, t. III, § 293 bis, p. 501, *note* 14; — *Cass.*, 1844. *S.* 44, 1, 97; — *Cass.*, 24 décembre 1845. *S.* 46, 1, 182; — *Cass.*, 30 juin 1847. *Sir.* 47, 1, 679; — *Cass.*, 1^{er} mars 1848. *S.* 48, 1, 344; — *Cass.*, 24 mars 1851 et 4 août même année, *Sir.* 51, 1, 434; — *Cass.*, 11 mars 1863. *S.* 63, 1, 380.

» faculté de surenchérir, sans avoir été mis, soit directement, » soit indirectement, en demeure de l'exercer. » Deuxièmement, il ne faudrait pas non plus raisonner par analogie de la règle *surenchère sur surenchère ne vaut*, la généraliser, et dire qu'après deux réceptions d'enchères sur un même bien, pour quelque cause que ce soit, il y a certitude que le prix est arrivé à son maximum et que les créanciers hypothécaires doivent s'en contenter. En effet, lorsqu'il y a eu surenchère, le prix est toujours supérieur à celui de l'adjudication ; tandis que lorsqu'il y a eu folle-enchère, le prix de vente est ordinairement inférieur et rend précieux pour les créanciers la faculté de surenchérir du dixième. Tel est l'avis de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine (1).

(1) AUBRY et RAU, t. III, § 293 bis, note 14. — BOITARD et COLMET-DAAGE, t. II, n° 1004. — Paris, 10 mai 1834. *Sir.* 34, 2, 275 ; — Dijon, 14 mars 1855. *S.* 55, 2, 574 ; — Bordeaux, 23 juillet 1861. *Sir.* 62, 2, 279. — En sens contraire : PONT, MARCADÉ et PONT, t. XI, n° 1350.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS LES VENTES VOLONTAIRES

Les législateurs du Code civil, en organisant la purge dans les aliénations à titre particulier, ont institué deux modes de purge. Le premier, reproduit de la loi du 11 brumaire an VII, est général ; il soumet l'extinction des hypothèques inscrites sur un immeuble à l'accomplissement des formalités des art. 2183 et suivants. Le second, emprunté à l'édit de 1771 par le Code qui, contrairement à la loi de brumaire, avait admis une exception au principe général de la publicité des hypothèques, est spécial ; il s'applique seulement aux hypothèques légales non inscrites des femmes mariées, des mineurs et des interdits ; et les formalités tracées aux art. 2193 et suiv., ont bien moins pour objet d'éteindre ces hypothèques que de mettre les créanciers qui en sont munis en demeure de les faire inscrire dans un certain délai, sous peine de déchéance du droit de suite.

Le but cherché par la loi est toujours d'obtenir la détermination du prix vis-à-vis du créancier hypothécaire, à l'aide d'un débat contradictoire entre lui et le nouveau propriétaire. Ce débat, que nous avons vu se produire antérieurement à l'adjudication dans l'hypothèse des ventes forcées, sera ici postérieur à la vente. C'est là la caractéristique du système de la purge dans les aliénations volontaires. La différence en est facile à saisir. Dans les ventes forcées où il y a toujours des formalités minutieuses qui doivent être suivies sous peine de nullité, il est toujours possible, et c'est même une économie de temps et d'argent,

de combiner à une procédure à fin de vente une procédure à fin de purge. Dans les ventes volontaires, quels qu'aient pu être les pourparlers, les mesures de publicité, la loi ne tient compte que d'un acte, de l'aliénation, car tout le reste eût pu ne pas exister sans compromettre en rien la validité de la vente ; la procédure sera forcément postérieure à la vente, puisque tout ce qui est antérieur aux yeux de la loi n'existe pas.

Comme dans les ventes forcées, il nous faut faire dès l'abord cette réserve que la purge ne s'opérera que sous la condition du paiement ou de la consignation de la valeur représentative de l'immeuble. Ainsi la disposition de l'art. 2180, 3^e alinéa du Code civil, ne doit pas être prise à la lettre. Non, l'hypothèque ne sera pas éteinte « par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers-détenteurs pour purger les biens par eux acquis », il faudra de plus que l'offre par l'acquéreur de payer son prix soit réalisée, deux moyens lui sont donnés pour le faire, la consignation ou le paiement. Lorsque nous disons : la purge réalise le droit hypothécaire en le convertissant en un droit sur le prix, nous sous-entendons toujours que l'offre du prix sera effective, que le paiement aura lieu.

Etudions la purge et ses effets tels qu'ils ont été organisés par le Code civil. Ils varient suivant qu'il s'agit d'hypothèques non dispensées d'inscription ou d'hypothèques qui en sont dispensées ; d'où deux sections.

SECTION I

EFFETS RELATIFS AUX HYPOTHÈQUES NON DISPENSÉES D'INSCRIPTION.

Lorsqu'un tiers-détenteur veut libérer son immeuble des hypothèques qui le grèvent, il doit d'abord faire transcrire le titre qui l'a rendu propriétaire (art. 2182). Cette formalité a pour but, comme nous l'avons vu pour les expropriations forcées, d'arrêter le cours des inscriptions, en ce sens qu'une nouvelle inscription ne pourrait plus être prise du chef du vendeur. La transcription purge ainsi, non pas les hypothèques, mais le droit d'inscrire son hypothèque, elle rend de cette façon inefficaces les hypothèques restées occultes. Ensuite l'acquéreur doit notifier à tous les créanciers inscrits un extrait de son titre contenant l'indication du prix ou de la valeur de l'immeuble, les principales charges et conditions de la vente et la mention que la transcription a été opérée, avec le tableau des créances hypothécaires inscrites, en leur déclarant qu'il est prêt à acquitter sur le champ toutes les dettes exigibles et non exigibles jusqu'à concurrence de son prix. Par là il s'oblige à payer la somme par lui offerte entre les mains des créanciers hypothécaires. De débiteur simplement tenu *propter rem*, il devient à leur égard débiteur direct, ce que n'avaient pu faire ni la vente ni la transcription. Il n'a plus le droit de retirer ses offres, de se départir de son engagement, contrairement au principe général d'après lequel les offres ne lient pas celui qui les fait tant qu'elles n'ont pas été acceptées expressément. Son obligation, bien que n'étant pas définitive, existe indépendamment de toute acceptation, tant que la condition résolutoire, c'est-à-dire la répudiation des offres par les créanciers, ne s'est pas accomplie. Ce qui le démontre, c'est la situation faite aux créanciers. Ont-ils laissé s'écouler

le délai légal sans requérir la mise aux enchères de l'immeuble? Ils sont définitivement déchus du droit de surenchérir. Leur silence est ainsi interprété dans le sens d'une acceptation tacite des offres; ils doivent donc, tant que dure le délai d'option, être considérés comme acceptant, à moins qu'ils ne manifestent l'intention de ne pas se contenter du prix offert.

Par les notifications, le tiers-détenteur est lié envers les créanciers hypothécaires. Mais ces derniers sont par elles constitués en demeure d'exercer le droit d'option. A cet effet ils ont, s'ils n'acceptent pas les offres, un délai de quarante jours pour requérir la mise aux enchères de l'immeuble en s'engageant à porter ou faire porter le prix offert à un dixième en sus. Dans ce but, une nouvelle adjudication est faite de l'immeuble, qui reste soit au surenchérisseur, soit à l'enchérisseur le plus offrant. Les offres, au contraire, ont-elles été acceptées (il n'importe de distinguer si c'est expressément ou tacitement)? Le bien grevé est libéré et les hypothèques reportées sur le prix. Il y a purge de l'immeuble des hypothèques qui l'affectaient et réalisation du droit hypothécaire. Tel est l'effet produit, le prix est contradictoirement fixé entre l'acquéreur et les créanciers inscrits.

Mais, et cette question est très discutée, à quel moment exact ces effets se produisent-ils, à quel moment exact le droit sur l'immeuble est-il converti en un droit sur le prix, est-il réalisé? Nous avons déjà remarqué l'intérêt pratique très important qui s'attache à la solution de cette controverse. Nous savons qu'en effet à ce moment la purge s'est opérée, l'inscription est considérée comme ayant produit son effet légal et n'a plus besoin d'être renouvelée; qu'à ce moment encore le prix est fixé à tel point envers les créanciers, que, si l'acquéreur qui fait les notifications venait à revendre l'immeuble pour une somme supérieure, cet excédent lui appartiendrait et ne pourrait être réclamé par les créanciers hypothécaires du premier vendeur.

C'est même toujours sous ces deux formes que la ques-

tion s'est présentée devant les tribunaux et s'est trouvée traitée dans la doctrine.

Plusieurs moments sont à considérer. Celui où l'acquéreur a fait les offres et celui où les créanciers les ont acceptées ou rejetées; de plus, après les offres, un ordre pourra s'ouvrir pour la distribution du prix, et cet ordre aboutira à la délivrance de bordereaux de collocation aux créanciers venant en ordre utile; d'où deux autres moments encore: celui de l'ouverture de l'ordre et celui où des bordereaux de collocation sont délivrés par le juge-commissaire.

Ils ont donné lieu à différents systèmes et chacun a ses partisans.

Faisons d'abord raison des deux derniers, les moins en faveur. Ils considèrent que la purge ne s'est opérée, que le droit ne s'est réalisé, et qu'en conséquence les inscriptions n'ont produit leur effet légal, et ne sont dispensées par là même du renouvellement, qu'au moment de l'ouverture de l'ordre, ou même de la délivrance des bordereaux de collocation.

1^{er} SYSTÈME. — L'effet de l'inscription n'est produit, d'après Merlin, qu'après l'ouverture de l'ordre. « Ce » moment, dit-il, est celui où le créancier inscrit doit véritablement faire usage de son inscription. Eh! comment » pourrait-il alors en faire usage si elle n'existait plus dans » toute sa vigueur? Que lui servirait-il de la produire, si, » dans l'intervalle de l'adjudication, à l'ouverture de l'ordre, » elle avait atteint son terme fatal, et que par la loi, elle » fût considérée comme non avenue. » Telle est sa solution en matière de vente forcée, solution qu'il applique au cas de vente volontaire: « Par là se résout d'elle-même, pour- » suit-il, la question de savoir si, dans le cas d'une » aliénation volontaire, la notification que l'acquéreur fait » de son contrat aux créanciers inscrits à l'effet de purger » les hypothèques conformément à l'art. 2183 du Code » civil, dispense du renouvellement les inscriptions qui » alors touchent à la fin de la dixième année de leur date » et empêchent qu'elles ne se périment avant l'ouverture

» de l'ordre pour la distribution du prix de l'immeuble.
» Comment pourrait-elle produire un pareil effet? L'obligation que l'acquéreur volontaire contracte envers les créanciers inscrits, de les payer jusqu'à concurrence du prix de son acquisition, l'acquéreur par expropriation forcée la contracte envers eux par son adjudication; or, on vient de voir que la vente par expropriation forcée n'empêche pas la péremption des inscriptions qui, en pleine vigueur au moment où cette vente se consomme, atteignent leur terme fatal avant l'ouverture de l'ordre; la notification faite par l'acquéreur volontaire en exécution de l'art. 2183 du Code civil ne peut donc non plus l'empêcher (1).

Merlin, dans son argumentation, s'illusionne sur les effets de l'ordre; l'ordre n'est qu'une procédure destinée à régler les effets des droits existants déjà en faveur des créanciers; il ne leur attribue pas ces droits; il est simplement déclaratif, selon l'expression de Grenier (2), et comme tel n'opère que la division du prix. La question posée par Merlin n'est donc pas résolue, il s'agit toujours de savoir à quel moment le droit au prix est définitivement acquis aux créanciers inscrits.

C'est le jour de la délivrance des bordereaux de collocation, prétendent les rédacteurs du Dalloz (3); « car la délivrance de ces bordereaux est suivie d'un paiement immédiat et le créancier colloqué, en donnant quittance du montant de sa collocation, doit, aux termes de l'art. 772, C. pr., consentir la radiation de son inscription. » (N° 1678, 2^e colonne.)

Mais alors Dalloz, pour être logique, devrait exiger le renouvellement de l'inscription-jusqu'au paiement intégral et définitif, et c'est le reproche que lui fait Troplong

(1) MERLIN, Répert., v^o *Inscription hyp.*, § 8 bis, nos 5 et 6.

En ce sens : Lyon, 17 août 1822; — Bordeaux, 17 mars 1828; — Paris, 16 juin 1824; — Cassation, 18 avril 1832. — Ces arrêts sont rapportés au Répertoire de Dalloz. V^o *Privil. et hypoth.*, p. 543 et 544.

(2) GRENIER. I, n° 412, p. 229.

(3) Répert. V^o *Privil. et hypoth.*, nos 1678 et 1683.

en ces termes (1) : « Il est évident que pour être conséquent » avec lui-même, Dalloz devrait soutenir que l'inscription » n'a produit son effet que par le paiement. » L'auteur du Répertoire répond, il est vrai, dans sa nouvelle édition : « Si nous ne l'avons pas dit, nous l'avions certainement » entendu ainsi, et nous n'avons parlé de la délivrance » des bordereaux de collocation qu'en la supposant suivie » d'un paiement immédiat. » (N° 1678, 2^e colonne, p. 531.) Quoique ainsi expliqué, son système n'atteint pas le but qu'il se propose, et au dire de Troplong, les dangers qu'il redoute, savoir l'hypothèse où le vendeur étant insolvable, revendrait, au lieu de payer son prix, l'immeuble à un tiers, où alors l'inscription aurait besoin d'être renouvelée pour que le droit de suite puisse être exercé contre le nouvel acquéreur, ne sont pas évités par son système. « M. Dalloz en passera par tous les inconvénients qu'il » désapprouve ». En effet, après la délivrance des bordereaux, de deux choses l'une : ou le paiement s'effectue, ou il ne s'effectue pas ; s'il s'effectue, l'effet de l'inscription est, dans son opinion, censé produit non au moment du paiement, mais bien dès le jour de la délivrance des bordereaux ; s'il ne s'effectue pas, l'inscription devra être renouvelée, car son effet n'est pas produit. Et alors Dalloz, qui fait aux autres systèmes le reproche de reposer sur une idée de condition retroagissant, quand elle se réalise, à une époque quelconque, au jour des notifications comme nous le prétendons, est bien forcé d'en admettre une dans le sien, car dans le paiement il y a une condition qui retroagit.

Quand donc à faire retroagir les effets de la purge à tel ou tel moment, il est plus simple de se reporter au moment qui fixe contradictoirement le prix avec les créanciers, qui opère la conversion de l'immeuble en argent, c'est-à-dire au moment de l'adjudication dans les ventes forcées, comme nous l'avons vu, et au moment des notifica-

(1) *Privil. et hyp.*, t. III, nos 723 et suivants.

tions dans les ventes volontaires, comme nous l'allons voir.

Nous rejetons donc les deux systèmes de Merlin et de Dalloz.

Il est aujourd'hui généralement reconnu que les notifications emportent purge des hypothèques, en conséquence réalisation du droit hypothécaire, et dispensent par cela même, *en principe*, les créanciers de renouveler leurs inscriptions. Mais cette dispense existe-t-elle à partir du jour même des notifications ; où bien, au contraire, n'a-t-elle lieu qu'à l'expiration du délai de quarante jours ; ou bien encore continue-t-elle de subsister malgré la survenance d'une surenchère ? Divers systèmes, basés sur une analyse approfondie des formalités de purge, se sont produits dans la doctrine et la jurisprudence.

En faveur de la première opinion, qui place les effets de la purge au moment où sont faites les notifications, qu'il y ait ensuite ou non surenchère, opinion suivie par la majorité des auteurs et la jurisprudence, militent, à notre avis, les plus sérieux arguments.

Par les notifications, l'acquéreur s'oblige personnellement à payer son prix aux créanciers en ordre de le recevoir, et par cela seul qu'il s'engage ainsi, il leur confère dès ce moment un droit à ce prix. Mais, disent les partisans de la seconde opinion qui fait produire à l'inscription son effet légal à l'expiration du délai de surenchère : « Pour qu'il y ait engagement respectif, il faut qu'il y ait concours de toutes les volontés, et ce serait manquer à cette règle fondamentale que de s'arrêter exclusivement à l'offre du tiers-détenteur, sans attendre l'évènement qui doit manifester l'acceptation de tous les créanciers en masse. Le contrat manquerait d'un de ces termes, ou pour mieux dire, il n'y aurait pas de contrat (1). »

(1) TROPLONG. — *Privil. et hypoth.*, t. III, nos 723 et 724.

Dans le même sens : MARTOU, t. III, n° 4165 ; — FAVARD DE LANGLADE, Répertoire. Vo *Inscription hypoth.*, sect. 7, n° 4 ; — ZACHARIE, t. II, § 280, p. 182 ; — MOURLON, *Répétitions écrites*, sur l'art. 2154 ; — PONT, t. XI, nos 1060-1061, p. 437 ; — LAURENT, t. XXXI, n° 140, p. 422 et 423.

Paris, 10 janvier 1840, *Sir.* 40, 2, 129,

Il est facile de répondre à cette objection, et par là même d'écarter le deuxième système dont elle est la base.

En effet, ce n'est pas une simple promesse, une offre qui intervient par la notification entre le tiers-acquéreur et les créanciers, — pollicitation qui ne deviendrait complète que par l'acceptation, — car l'acquéreur n'est pas maître de retirer son offre; c'est un engagement absolument irrévocable qui est pris envers les créanciers. Cet engagement, il est vrai, est conditionnel, avons-nous vu, soumis à la condition résolutoire qu'il ne sera pas repoussé par une surenchère qui peut se produire dans un délai de quarante jours; mais si le refus d'accepter ne se produit pas par une réquisition de mise aux enchères, la condition résolutoire ne s'est pas réalisée, et l'engagement doit avoir son effet du jour où il a été pris.

Il n'y a donc pas dans la notification un projet de convention, une proposition demandant à être acceptée pour être sérieuse, comme l'entend M. Laurent (1) « Il a été fait, » dit M. Colmet de Santerre, un acte commandé par la » loi dans l'intérêt de certains tiers; l'acte étant accompli, un droit est né en faveur de ces tiers, comme » naît un droit en faveur des créanciers d'une succession » par une acceptation de l'héritier. Ce n'est pas la théorie » des conventions qui est en jeu, et par conséquent il n'y » a pas à argumenter du caractère imparfait des pollicitations (2).

Les effets de la purge sont ainsi produits, à notre avis, dès le jour des notifications, dans le cas où il ne se produit pas de surenchère; et même, nous allons plus loin, dans le cas où il en surgirait une.

D'abord, dans l'opinion contraire, il y aurait trop d'incertitude pour connaître le moment où se produit la purge, où le créancier doit renouveler son inscription, si elle se périmé. Supposons, en effet, que le délai pour renouveler

(1) *Loc. cit.*

(2) *Cours analytique de droit civil*, t. 9, n° 134 bis, XIV, p. 312.

une inscription vienne à expirer pendant le délai de quarante jours et avant qu'il ne soit encore formé de surenchère, suivant qu'il y aura ou non surenchère, le droit du créancier variera; s'il ne s'en produit pas, il a pu sans danger laisser périmer son inscription, car de toutes façons cette dernière a produit son effet légal; si, au contraire, il en surgit une à la fin, le créancier qui aura laissé périmer son inscription aura perdu son droit, car l'effet produit par la notification sera anéanti et l'inscription n'aura plus produit son effet légal. Dans ce système on arriverait à ce résultat de rendre frustratoires, dans la première hypothèse, les frais de renouvellement et nécessaires, dans la seconde, à ce résultat encore de mettre un créancier qui, confiant dans les effets d'une purge presque assurée, n'a pas renouvelé son inscription, à la merci d'un créancier inférieur en rang, qui pourrait à son gré, par une surenchère, faire tomber le droit de préférence de son co-crédancier à son profit ou en faveur d'autres créanciers hypothécaires. Ce système est contraire à l'équité.

En vain ses partisans invoquent-ils ensuite cette considération que l'aliénation qui avait créé le droit de l'acquéreur étant résolue par la surenchère, la notification faite par cet acquéreur doit rester sans effet, et qu'il faut en conséquence reporter le moment où l'inscription aura produit son effet légal à la nouvelle adjudication qui interviendra sur la surenchère (1).

L'acte d'aliénation est résolu, il est vrai, mais en ce sens que, si l'acquéreur n'est plus lié envers le vendeur et les créanciers, il n'en reste pas moins certain que l'immeuble sera adjugé, réalisé, et même réalisé à un prix supérieur d'un dixième.

(1) DURANTON, t. XX, n° 167, p. 270, qui soutient notre système lorsqu'il n'y a pas eu de surenchère, suit, lorsqu'il y en a eu, l'opinion que nous combattons.

Adde. — Toulouse, 30 juillet 1835. *Sir.* 53, 2, 572; — Paris, 24 mars 1860. *S.* 60, 2, 235.

L'idée de réalisation, contenue, nous le savons, dans la purge, jette une grande lumière sur toute cette question. La réalisation est une transformation du droit sur l'immeuble en un droit sur le prix. Elle se produit toutes les fois que l'immeuble est représenté par un prix, et que le prix existe vis-à-vis ou à l'encontre des créanciers hypothécaires. Or ici, par l'effet des notifications, le prix existe au regard de ces derniers, qui ont un droit sur lui. Peu importe que son quantum varie par la suite; dès ce moment, il est affecté, grevé de leurs hypothèques, s'il est permis de s'exprimer ainsi. Il est donc juste que l'immeuble, lui, soit désaffecté. L'augmentation assurée produite du fait de la surenchère peut être considérée comme l'accessoire du prix, mais elle n'a pas la propriété d'en modifier ni la nature, ni les droits y attachés; ce qu'il y a de changé, c'est le débiteur, dont le créancier surenchérisseur vient prendre le rôle, jusqu'à ce que l'adjudication définitive le confirme dans son attitude ou le remplace. Les droits de l'acquéreur qui a notifié sont anéantis, il est vrai, mais les droits que les créanciers inscrits ont acquis par l'effet de ces notifications ne sont nullement atteints; au contraire, au lieu d'embrasser la somme seule offerte par l'acquéreur, ils embrassent en plus l'augmentation déjà produite par la surenchère, comme plus tard ils embrasseront celle qui résultera de l'adjudication définitive. La surenchère n'a apporté, au point de vue qui nous occupe, aucun changement à la position des créanciers inscrits: « Ils sont sûrs, dit Colmet de Santerre, dont nous » avons dégagé les idées ci-dessus exprimées, ils sont sûrs » d'arriver prochainement à une distribution du prix; les » tiers n'ont pas intérêt à connaître les hypothèques existantes, car il n'est personne qui puisse en ce moment » constituer des droits sur l'immeuble; ce n'est pas l'aliénateur, car, par rapport à lui, l'aliénation est consommée; ce n'est pas l'acquéreur, qui n'a plus de droit; ce » n'est pas le futur adjudicataire, qui s'ignore lui-même. » La publicité de l'inscription est donc inutile, et par con-

» séquent le renouvellement de l'inscription (1). » A cela nous ajoutons : le créancier surenchérisseur ne pourrait, lui non plus, constituer des droits sur l'immeuble ; car, s'il est devenu par son engagement résultant de la surenchère débiteur du prix augmenté d'un dixième, il n'a pas acquis pour cela de droit à l'immeuble, dont la propriété est incertaine et ne sera fixée que par l'adjudication. Si donc la publicité de l'inscription est inutile, c'est que, par l'effet immédiat des notifications, et à compter de leur date, l'inscription a produit son effet légal, la purge s'est opérée, le droit des créanciers sur l'immeuble s'est trouvé reporté sur le prix, prix dont le minimum est définitivement fixé par les offres, mais dont le maximum est soumis aux éventualités favorables de l'adjudication nouvelle, conséquence de la surenchère. Il y a réalisation du droit, par cela seul qu'il y a assurance du prix vis-à-vis des créanciers. Ces derniers, par les notifications, avaient acquis un droit sur la somme qui leur avait été offerte ; par là même leur droit sur l'immeuble s'était transporté sur le prix et s'y était attaché ; il a suivi ce prix, dont la fixation définitive était soumise à l'avènement d'une surenchère, et qui est censé leur appartenir du jour même des notifications, du jour où leur droit s'est réalisé.

Nous constatons une différence entre l'adjudication sur saisie et l'adjudication sur surenchère du dixième ; la première opère la purge des hypothèques, la seconde non ; mais elle confirme la purge produite par les notifications,

(1) COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 434 bis, XV, p. 312.

En ce sens encore : GRENIER, t. I, n° 112 ; — DELVINCOURT, t. III, n° 584, notes de la page 162, nos 3-4° ; — PERSIL, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2154, nos 4 et 5 : *Questions*, titre I, p. 430 ; — BATTUR, t. III, n° 432 ; — TAULIER, VII, p. 354 ; — AUBRY et RAU, t. III, n° 280, texte et notes 23 et 24.

Paris, 21 février 1825, S. 26, 2, 33. — *Cassation*, 30 mars 1831, S. 31, 1, 343 ; — Rouen, 23 mars 1846, *Dall.* 47, 2, 10 ; — *Cassat.*, 21 mars 1848, *Dal.* 48, 1, 273 ; — Bourges, 20 novembre 1852, *Dal.* 56, 2, 27 ; — Dijon, 13 août 1855, *Sir.* 55, 2, 618 ; — *Cassat.*, 19 juillet 1858, *Sir.* 59, 1, 23. *Dal.* 58, 1, 345 et la note ; — *Cassat.*, 20 avril 1875, S. 75, 1, 305 ; — *Cass.*, 15 mars 1876, S. 76, 1, 216 ; — *Cass.* 14 novembre 1882, S. 83, 1, 177 ; — Nîmes, 11 juillet 1884, S. 84, 2, 155.

elle fixe d'une façon invariable et à l'encontre de tout le monde, des créanciers inscrits comme du nouvel adjudicataire, le quantum du prix. Cette différence s'explique aisément. Pour qu'il y ait purge de l'immeuble, c'est-à-dire corrélativement réalisation du droit hypothécaire, il faut un prix représentatif du bien grevé. Or, dans l'expropriation forcée, il y a bien des notifications (art. 692), mais il n'y a pas de prix, ce sera donc l'adjudication qui, en le procurant et en le fixant d'une façon définitive, opérera la purge ; dans l'aliénation volontaire, il existe d'abord au regard des tiers, ensuite par les offres au regard des créanciers inscrits qui sont appelés à les discuter ; il existe substitué à un immeuble ; et dès lors les éléments de la purge et les éléments de la réalisation du droit existent également ; point n'est besoin d'une adjudication pour leur donner la vie. Aussi la surenchère, bien qu'augmentant la somme offerte dont le minimum est déjà fixé vis-à-vis des créanciers inscrits, ne modifie en rien la nature de ces éléments.

Nous avons dit qu'*en principe*, dès le jour des notifications, l'inscription n'avait plus besoin d'être renouvelée, parce que par la purge elle avait produit son effet légal. Mais là il faut faire les mêmes réserves que dans la purge produite par l'adjudication dans les ventes forcées. Le motif en est identique. Tant que l'acquéreur n'a pas payé son prix, ni ne l'a consigné, et qu'il y a à craindre qu'il n'aliène la chose, il est indispensable de renouveler l'inscription, afin de conserver le droit de suite contre les tiers-détenteurs ; car la dispense du renouvellement n'est que relative, elle ne s'applique qu'aux rapports des créanciers avec l'acquéreur ou l'adjudicataire, et des créanciers entre eux ; on ne peut étendre cette dispense même au droit de suite contre des sous-acquéreurs ou leurs créanciers personnels, ce serait admettre un effet dépassant sa cause (1). Parmi les sous-acquéreurs, il ne faut pas com-

(1) Voir la question du renouvellement dans les ventes forcées, au chapitre premier.

prendre le tiers qui, par suite de l'adjudication sur surenchère, n'a fait que se substituer au premier acquéreur, et qui s'est ainsi engagé jusqu'à concurrence de son prix vis-à-vis des créanciers hypothécaires du vendeur primitif (1).

(1) *Cass.*, 30 mars 1831. *Sir.* 31, 1, 343.

SECTION II

EFFETS RELATIFS AUX HYPOTHÈQUES DISPENSÉES D'INSCRIPTION.

Le législateur du Code avait admis des hypothèques dont l'efficacité n'était pas soumise à une condition de publicité, c'étaient celles des femmes, des mineurs et des interdits. Il fallait cependant permettre au détenteur d'affranchir de ces droits réels les biens qu'il acquérait. On eut recours aux procédés primitifs de l'édit du mois de juin 1771, qui fut la source des articles 2193, 2194 et 2195. Mais le Code n'avait pas prévu toutes les hypothèses et un avis du Conseil d'Etat du premier juin 1807 dut combler cette lacune.

Comme la purge ordinaire, la purge légale a pour acte principal une notification ; mais ce n'est pas la seule formalité ; on ordonne le dépôt au greffe d'une copie de l'acte de mutation (1), et en outre l'affichage d'un extrait de ce contrat pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal, extrait qui doit révéler l'existence de l'acte d'aliénation et donner les renseignements les plus indispensables. Cette mesure répétée de l'édit de 1771, où elle avait pour effet de purger toutes les hypothèques, ne réalise qu'un système de publicité bien rudimentaire et bien illusoire.

Le législateur heureusement n'en est pas resté là, il est revenu au principe des notifications individuelles qu'il avait inauguré pour la purge ordinaire. La loi ordonne la signification du dépôt fait au greffe aux femmes mariées et aux subrogés-tuteurs des mineurs et interdits, et en outre au Procureur de la République, spécialement chargé

(1) Peut-être les rédacteurs du Code avaient-ils peu de confiance dans l'efficacité de la transcription au bureau des hypothèques comme mode de publicité, puisqu'après l'avoir instituée pour la purge ordinaire, ils recouraient ensuite à un autre procédé.

de veiller aux intérêts de ces incapables (art. 2194) (1). Cette notification contient les renseignements les plus utiles aux intéressés, tels que les noms des parties, la désignation du lieu et les conditions de la vente. Disons en passant qu'elles sont cependant trop sommaires, qu'il serait bon d'y joindre, à l'instar des notifications de l'art. 2183, un tableau des inscriptions hypothécaires. Mais pour faire ces notifications individuelles, une condition est nécessaire; il faut que les hypothèques à purger soient connues de l'acquéreur, nous disons connues et non inscrites. Elles le sont généralement lorsque la vente a eu lieu devant notaire ou devant le tribunal, car l'acte de vente contiendra : 1° un établissement de propriété qui relatera la série des anciens propriétaires et le nom des mineurs, interdits et femmes mariées qui peuvent avoir des droits d'hypothèques ; 2° et de plus une indication des hypothèques légales.

Il se peut aussi que l'acquéreur ignore l'existence des hypothèques légales; cette hypothèse est même la plus fréquente, et dans tous les cas, même dans les actes les mieux rédigés, des hypothèques légales peuvent être omises. Comment s'y prendre alors pour faire la signification de l'art. 2194. Le Code était muet. Dans l'hypothèse toute voisine de la saisie immobilière, où la question de la purge s'était également posée, l'art. 683 (ancien) du Code de procéd. avait résolu le problème en exigeant l'insertion d'un extrait du procès-verbal de saisie dans un journal de l'arrondissement des biens. Un avis du Conseil d'Etat des 9 mai et 1^{er} juin 1807, indique dans notre matière une marche à suivre analogue. Quand le tiers-détenteur ne pourra, par son acte d'acquisition, connaître soit la femme

(1) A la différence du nouvel art. 692, C. pr., qui, nous l'avons vu, enjoint au procureur de requérir l'inscription des hypothèques légales existant du chef de la partie saisie sur l'immeuble saisi immobilièrement, le Code civil se contente de l'inviter à le faire; et même une circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1806, défendit aux procureurs impériaux d'user de cette faculté, sous prétexte qu'une telle inscription, prise sur des biens dont les femmes ou les familles auraient consenti ou devraient ratifier l'aliénation, ne vint jeter le trouble là où la concorde devrait régner. Ainsi donc, cette formalité est-elle vouée à l'impuissance.

ou ceux qui la représentent, soit le subrogé-tuteur, il lui suffira, aux termes de cet avis, de faire insérer dans un journal de l'arrondissement ou du département (dans les formes le l'article 683 ancien du Code de proc.), la notification prescrite par l'art. 2194, et de déclarer dans la notification adressée au procureur de la République qu'il fera cette publication.

Ce procédé, bien que n'ayant pas force de loi, est depuis 1807 rigoureusement observé dans la pratique; on le cumule toujours avec les formalités de l'art. 2194.

La publicité est donc constituée par une insertion dans un journal d'annonces judiciaires et légales. Il faut toujours faire les mêmes réserves au point de vue de l'efficacité d'un tel avertissement. Combien de femmes, en effet, ou de subrogés-tuteurs lisent ces feuilles spéciales?

Le but de cette procédure est de faire cesser la dispense d'inscription à l'égard des femmes, des mineurs et des interdits; de les mettre en demeure d'inscrire leur hypothèque dans le délai de deux mois à partir de l'exposition du contrat au greffe ou bien à partir du moment où l'insertion aura paru dans les journaux, pour les personnes qui n'ont point reçu de notification individuelle. Il y a à distinguer relativement aux effets produits, deux hypothèses.

1° Il n'a pas été pris d'inscription dans le délai de deux mois.

Une purge s'est opérée, c'est celle du droit de s'inscrire sur l'immeuble, mais au profit seulement du tiers-détenteur, pour délivrer la propriété des *impedimenta* qui empêchent sa libre circulation; le droit des créanciers à hypothèque légale n'est pas éteint au regard des créanciers hypothécaires, il est seulement réalisé, il porte dorénavant sur le prix. Ils sont donc seulement déchus du droit de suite contre le tiers-détenteur, d'où réalisation de leur droit; mais ils conservent leur droit de préférence, qui d'après la loi du 21 mai 1858, existe sur le prix. Cette survie du droit de préférence s'explique: l'hypothèque

d'un créancier ordinaire ne vaut que par son inscription, tout aussi bien au regard du tiers-détenteur que des autres créanciers hypothécaires, et alors, si par une formalité quelconque, le créancier qui la possède est déchu du droit de s'inscrire, son hypothèque sera inefficace et sera par là même purgée, comme on dit par extension ; l'hypothèque légale, au contraire, est valable indépendamment de toute inscription ; mais si, dans le but de favoriser la circulation des immeubles, la loi en exige l'inscription, l'effet ne dépassera pas la cause ; le créancier qui, muni de cette hypothèque, est mis en demeure de l'inscrire, ne l'a pas fait, ne sera déchu de son droit que vis-à-vis du propriétaire, du détenteur de l'immeuble, son hypothèque existera toujours au regard des autres créanciers hypothécaires indépendamment de toute inscription. Seulement elle subsistera transformée, réalisée, portant sur le prix ; amoindrie même, elle ne donnera lieu qu'à un droit de préférence. Elle portera uniquement sur le prix et nullement sur l'immeuble ; aucune circonstance ne pourra la faire revivre avec son droit de suite, même n'y eût-il pas par l'acquéreur de paiement du prix ni de consignation ; cela prouve qu'il ne faut pas confondre la purge, ou extinction du droit de s'inscrire, avec la purge des hypothèques proprement dite. Le droit de préférence, à son tour, sera soumis à certaines déchéances vis-à-vis alors des créanciers hypothécaires. Son existence est, en effet, subordonnée à deux conditions : 1° il faut que l'ordre qui distribuera le prix soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de purge ; 2° et surtout que le créancier produise à cet ordre dans le délai fixé par l'art. 754 (C. pr.) (Voir sur ces points, au chapitre 1^{er}, l'effet des adjudications sur expropriation forcée au point de vue de la purge.) Lorsque le droit de préférence sera lui-même éteint, il aura entraîné la perte absolue de l'hypothèque.

2° Il a été pris des inscriptions dans le délai légal.

L'hypothèque est alors conservée avec toute son effi-

cacité, tant au point de vue du droit de préférence que du droit de suite ; c'est-à-dire que la femme et le mineur sont dans une situation analogue à celle des créanciers inscrits à qui on a fait des notifications. Leur droit de suite est donc converti par la purge en un droit sur le prix, mais avec la faculté de faire augmenter ce prix par une surenchère du dixième. Cette réalisation de leur droit est toujours soumise à la condition du paiement du prix par l'acquéreur, ou de sa consignation ; autrement, si ces conditions ne s'accomplissaient pas, la transformation se produirait en sens contraire et leur droit de suite revivrait sur l'immeuble. On a contesté aux créanciers munis d'hypothèques légales inscrites dans les délais le droit de provoquer la mise aux enchères. Le droit de surenchérir, prétendait-on, constitue une prérogative exceptionnelle qui n'appartient qu'à ceux-là seulement au profit desquels un texte l'a déjà consacré ; or l'art. 2194 ne réserve point cette faculté aux créanciers à hypothèque légale. Il est facile de démontrer la fausseté de cette argumentation. Le droit de surenchérir n'est point du tout exceptionnel, il est même essentiel en matière de purge. C'est un des attributs du droit de suite. L'hypothèque qui grève un immeuble ne dégage cet immeuble qu'à la condition de porter sur un prix vraiment représentatif du bien grevé ; or il est naturel de donner aux principaux intéressés le droit de faire atteindre leur gage à sa vraie valeur ; ils obtiennent ce résultat par la surenchère. Le droit de surenchérir n'est ainsi qu'une forme, qu'une manière d'exercer le droit de suite. Il compète dès lors de *plano* à tout créancier hypothécaire, à moins que la loi n'ait entendu expressément le lui refuser ; et elle l'a fait dans l'hypothèse où le créancier à hypothèque légale a laissé passer le délai de deux mois sans prendre inscription, parce que son droit de suite est éteint ; dans l'hypothèse encore où il a déjà été exercé en vertu de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut. » « La faculté de s'inscrire, dit

» Grenier après Tarrible (1), et celle d'enchérir s'identifient et se confondent dans la mesure prescrite par l'art. 2194. Cette décision est fondée sur ce que la loi n'indique aucun autre moyen particulier pour provoquer l'enchère de la part des créanciers avec hypothèque légale ; — qu'elle l'eût cependant fait, si elle n'avait pas entendu circonscrire, dans le même délai de deux mois à partir du dépôt et de l'exposition du contrat, la faculté d'inscrire et celle de surenchérir. » D'ailleurs on ne comprendrait pas que la loi refusât aux créanciers à hypothèque légale, qu'elle traite toujours d'une façon plus favorable, ce droit qu'elle accorde aux créanciers ordinaires.

Mais quel délai ont-ils pour requérir la mise aux enchères ? La loi, dans l'art. 2194, n'en a point fixé de spécial. Deux systèmes se sont élevés.

Le premier soutient que, lorsque la femme, le mineur ont pris inscription dans le délai de deux mois, ils sont dans la situation des créanciers inscrits à qui on n'aurait pas fait les notifications de l'art. 2183 du Code civil, et qu'ils ont toujours quarante jours pour surenchérir à partir du moment où des notifications leur seront adressées. Il résonne ainsi : 1° L'art. 2194 n'a point pour effet de purger à lui seul les hypothèques légales, il n'impose pas à celui qui purge la nécessité de faire une offre, et ne peut donc l'engager envers les créanciers munis de ces hypothèques ; il a seulement pour objet de les mettre en demeure de s'inscrire. Les formalités qu'il prescrit ne font pas double emploi avec celles des art. 2183 et suivants ; 2° L'inscription a le même effet que si elle avait été prise au jour du mariage ou au commencement de la tutelle ; or, si elle avait été réellement prise à ces époques, les créanciers à hypothèque légale se trouveraient dans la même situation que les créanciers déjà inscrits au moment

(1) GRENIER. *Traité des hyp.*, t. II, p. 351. — TARRIBLE. *Répertoire de jurispr.*, V^o *Transcription*, § V, n^o 4.

de l'aliénation et avant la transcription ; partout il doivent jouir des mêmes avantages ; 3° Enfin, pour que les créanciers puissent prendre parti, il est indispensable qu'on leur fournisse des renseignements sur leur situation hypothécaire, et tel est le but des notifications, qui contiennent à cet égard un tableau sur trois colonnes indiquant la date des hypothèques et inscriptions, le nom des créanciers et le montant des créances, et, de plus, l'énonciation du prix ou l'évaluation de la chose. Or, l'art. 2194, en n'exigeant aucune de ces indications démontre qu'il est nécessaire d'adresser aux créanciers à hypothèques légales les notifications de l'art. 2183.

Cette opinion, bien déduite, il est vrai, soutenue par Duranton et Zachariæ (1), a été repoussée par la majorité des auteurs et la jurisprudence.

On a considéré que le droit de surenchérir et celui de prendre inscription se confondaient en ce qui concerne le délai dans lequel ils doivent être exercés.

L'article 2194 a pour but spécial de mettre les créanciers à hypothèque légale en demeure de s'inscrire, mais pour *but virtuel* également, de les mettre en demeure de surenchérir. Ils en sont suffisamment avertis et par le dépôt au greffe de l'acte de mutation, et par la signification de ce dépôt et l'affichage dans le prétoire du tribunal.

Les formalités de la purge des hypothèques font, en effet, l'objet de deux chapitres distincts : « Or, dit Pont (2), en » l'absence de toute disposition légale qui, dans ce dernier chapitre, fixe un délai spécial pour la surenchère, » c'est arbitrairement qu'on ouvrirait à la femme, au mineur ou à l'interdit, un délai autre que celui qui leur » est imparti pour prendre inscription. Ce délai, d'ailleurs,

(1) DURANTON, t. XX, n° 423, p. 691 et suiv. ; — ZACHARIÆ, t. V, § 295, note 13 ; — THOMINE-DESMAZURES, t. II, n° 977. — Caen, 28 août 1814 et 9 août 1813. — *Sir. III^e vol^e, années 1809-11*, 2, 563, et *V^e vol., an. 1815-18*, 2, 55 ; — Caen, 12 avril 1826. *Sir.* 27, 2, 107 ; — Orléans, 17 juillet 1829. *Sir.* 29, 2, 217 ; — Jug^t du Trib. de la Seine du 11 juin 1857, infirmé par un arrêt de la Cour de Paris ci-après cité.

(2) Tome XI, n° 1419, p. 637 et 638.

» n'aurait aucune base assurée ni pour son point de départ, ni pour sa limite, car donner quarante jours à partir de la date de l'inscription (1), c'est créer une disposition que ne justifie même pas l'analogie, puisque pour les hypothèques ordinaires, c'est la notification seule qui fait courir le délai de surenchère; et exiger de l'acquéreur une notification au créancier à hypothèque légale qui a pris inscription depuis la transcription du contrat, c'est lui imposer une obligation que la loi ne lui a pas faite, et qui d'ailleurs constituerait une anomalie avec les dispositions qui ne prescrivent les notifications que vis-à-vis des créanciers inscrits avant la transcription. »

L'art. 2195 porte avec lui la preuve des assertions ainsi formulées par Pont. Il ne suppose aucune autre formalité après l'expiration des deux mois pour prendre inscription, puisqu'il veut que, si la femme ou le mineur ne viennent pas en rang utile, l'acquéreur paie aux créanciers inscrits; car alors, malgré l'autorisation que la loi lui donne de payer et de se libérer, elle l'eût laissé sous le coup d'une surenchère dont le résultat pourrait être de le déposer.

L'art. 775 C. pr., vient encore corroborer cette manière de voir, en décidant qu'il devra être procédé à l'ordre dans les trente jours qui suivent le délai de deux mois dont parle l'article 2194. Il serait impossible de concilier cette disposition avec l'opinion qui accorde, après ces deux mois, un nouveau délai de quarante jours au *minimum*.

Enfin, d'après l'édit de 1771, dont la plupart des dispositions sont passées dans notre droit actuel, c'était aussi dans le délai de deux mois qu'il fallait surenchérir, et rien n'indique que le Code ait innové sur ce point.

Cette dernière opinion a d'ailleurs pour elle l'avantage d'éviter une perte de temps et des frais, et de ne point

(1) Ce système a été soutenu par M. PIGEAU, t. II, p. 442.

greffer une double série de formalités ; aussi a-t-elle prévalu dans la pratique (1).

Il est un cas cependant où les créanciers à hypothèque légale n'auront plus le droit de surenchérir : c'est lorsque ce droit aura déjà été exercé, et cela en vertu de la règle : *surenchère surenchère ne vaut*. En vain MM. Ollivier et Mourlon, s'appuyant sur l'art. 838, in fine, du Code de procédure, ont-ils essayé de soutenir que le législateur avait entendu leur réserver la faculté de faire une nouvelle surenchère du dixième. Leur opinion, comme nous le démontrerons au chapitre suivant, est restée isolée et la loi n'a pas fait d'exception en leur faveur.

Pour les hypothèques légales dispensées d'inscription, comme pour les hypothèques ordinaires, c'est encore l'effet des notifications, quelles aient lieu individuellement ou par la voie de la presse, qui produit la purge, qui convertit le droit sur l'immeuble en un droit sur le prix, qui réalise le droit hypothécaire. Mais ici, comme ces hypothèques sont par elles-mêmes valables sans aucune inscription, comme le créancier qui les possède ne peut éprouver de déchéance que lorsqu'il est mis en demeure d'inscrire, et que la loi lui impartit un certain délai pour le faire et lui accorde ses faveurs, il s'ensuit qu'il faut, pour que la purge soit opérée en faveur du tiers-détenteur, l'expiration du délai de deux mois de l'art. 2195 ; en effet, ces notifications constituent bien plutôt une mise en demeure d'inscrire une hypothèque, qu'une offre, un engagement de la part du tiers-détenteur ; ce caractère prime l'autre ; il suffit, pour que la purge ne soit produite que

(1) En ce sens : TARRIBLE, *loc. cit.* ; — GRENIER, *loc. cit.* ; — DELVINCOURT, t. III, p. 357 ; — PERSIL, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2195, nos V et VI, p. 445 ; — TROPLONG, t. IV, nos 992 et 995 ; — ROLLAND DE VILLARGUES, Répertoire du notariat, Vo *Surenchère*, n° 32 ; — TAULIER, VII, p. 421 ; — PETIT, *Des surenchères*, p. 381 ; — PONT, *loc. cit.* ; — AUBRY et RAU, t. III, § 295, note 14, p. 544 ; — COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 486 bis, p. 469.

Grenoble, 27 décembre 1821. *Sir.* 22, 2, 364 ; — Metz, 14 juin 1837. *Sir.* 38, 2, 497 ; — Paris, 16 décembre 1840. *S.* 41, 2, 88 ; — Alger, 12 janvier 1854. *S.* 54, 2, 442 ; — Paris, 26 novembre 1857. *S.* 58, 2, 93 ; — Bordeaux, 1^{er} juin 1863. *S.* 64, 2, 442.

par l'expiration du délai de deux mois accordé au créancier à hypothèque légale pour s'inscrire, et n'aie pas lieu du jour de la sommation, comme il arrive dans la purge des hypothèques ordinaires. Il y a donc une différence bien tranchée entre le moment où s'opère la purge des art. 2183 et suivants et celle des art. 2193 et suivants du même Code. L'intérêt de la question est ici d'une bien moindre importance, il n'est plus besoin de se demander, avec des hypothèques dispensées d'inscription, quel est le moment où l'inscription aura produit son effet légal, où, par conséquent, elle ne devra plus être renouvelée. L'intérêt existe cependant au point de vue de la réalisation du droit hypothécaire; car, à l'instant seul où la purge s'est produite, le droit de suite qui existait sur l'immeuble s'est transformé en un droit au prix, lequel est affecté désormais avec ses accessoires, ainsi l'augmentation résultant d'une surenchère; tandis que comme contre-partie, l'immeuble, dès ce moment, est désaffecté, affranchi dans les mains du tiers-détenteur, à la condition toujours que ce dernier paie son prix ou le consigne.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA PURGE A L'ENCONTRE DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS LES ADJUDICATIONS SUR SURENCHÈRE.

Dans les ventes sur saisie immobilière, l'adjudication peut être suivie d'une surenchère. Cette dernière, en effet, est toujours possible, mais elle est permise autant dans l'intérêt du débiteur que de ses créanciers; elle est ouverte à tout le monde; elle n'est point une prérogative des créanciers hypothécaires, ni une condition de la purge des hypothèques, qui s'opère par l'adjudication elle-même.

Dans les aliénations volontaires, qu'elles aient lieu en justice, devant notaire ou sous seing-privé, la purge ne résulte pas du fait de la vente, ou de l'adjudication, suivie même d'une transcription au bureau des hypothèques; des formalités spéciales postérieures à l'aliénation sont nécessaires pour la produire, formalités dont le but est d'ouvrir la voie à une nouvelle adjudication qui aura lieu sur surenchère; et là encore, comme nous l'avons vu, ce n'est pas cette surenchère du dixième qui opère par elle-même la purge, mais elle l'a confirme. Cependant, à ces principes posés par les Codes, une dérogation importante a été introduite par des lois postérieures.

Lorsqu'une vente volontaire avait lieu en justice, le législateur avait donné, dans l'intérêt principalement du vendeur, à toute personne le droit de porter, dans un délai déterminé de huitaine, une surenchère sur le prix provenant de l'adjudication. La loi a voulu que l'adjudication nouvelle rendue sur cette surenchère eût des effets plus puissants que n'avait la première vente; elle lui a même donné le pouvoir de purger par elle-même *virtuellement*

les hypothèques qui grevaient l'immeuble ainsi adjudgé. La loi, comme nous l'avons vu jusqu'ici, soucieuse d'obtenir un débat contradictoire entre les créanciers hypothécaires et l'adjudicataire ou le détenteur, s'est ici départie de la règle qu'elle avait posée en matière de purge. Elle n'exige plus une participation expresse ou tacite du créancier à la détermination du prix ; elle le suppose déterminé, lorsqu'il y a déjà une surenchère, *à l'encontre* de tous les intéressés, du vendeur, du nouveau propriétaire et des créanciers ; elle réalise *virtuellement* le droit de ceux-ci, sans leur concours, en transportant leur droit de l'immeuble sur le prix, qu'elle fixe définitivement à leur égard.

Ce sont les effets de ces adjudications au point de vue de la purge que nous devons préciser ; c'est l'étude de ce qu'on appelle la *purge virtuelle des hypothèques* que nous devons faire.

Nous avons déjà, dans notre première partie, exposé l'historique de la règle : « *Surenchère sur surenchère ne vaut.* » Nous avons montré la réforme opérée en ce sens par la loi du deux juin 1841 et généralisée pour toutes les ventes volontaires faites en justice. Voyons maintenant les effets et l'étendue d'application de cette maxime.

Il y a un assez grand nombre de ventes faites en justice, autres du moins que l'expropriation forcée. Ce sont les licitations de biens appartenant à des mineurs, à des interdits (art. 953 et suiv. du Code de procéd.), à des femmes mariées sous le régime dotal (art. 997), à des débiteurs qui ont fait cession de biens (art. 904) ; les licitations de biens dépendant d'une succession indivise (art. 966 et suiv.), bénéficiaire (art. 987) ou vacante (art. 1001). Il y a encore les ventes des biens de faillie ; ces dernières méritent une mention spéciale et feront l'objet d'une étude à part.

Ces diverses ventes sont toutes faites avec des formalités moins nombreuses mais analogues cependant aux ventes sur saisie. La loi s'est préoccupée avant tout de prendre des précautions pour que les immeubles ainsi vendus le soient à leur valeur réelle, ou tout au moins à une valeur qui

s'en rapprochât beaucoup, afin qu'aucune fraude ne puisse se produire au préjudice des propriétaires de ces biens. Elle ordonne un dépôt du cahier des charges, une vaste publicité, des appositions de placards, d'affiches, des insertions forcées dans un journal, facultatives dans plusieurs, une adjudication publique, à l'audience, devant un juge et par le ministère d'avoués, et enfin, elle laisse à toute personne la liberté de surenchérir d'un sixième du prix dans la huitaine de l'adjudication. Mais, si elle convoque par ce moyen tout le monde aux enchères, elle ne s'occupe plus d'inviter individuellement chaque intéressé, elle n'oblige pas celui qui poursuit la licitation à nommer les créanciers, par exemple, à y intervenir. Cependant, présumant que l'immeuble a acquis sa plus haute valeur, elle enlève à ces derniers un droit très précieux, celui de surenchérir du dixième, dans le cas où il y a déjà eu une adjudication sur surenchère. Telles sont les expressions de la loi. Elle ne dit pas, remarquons-le, que les hypothèques sont purgées.

Mais alors, quel est l'effet produit ? Toute revente sur surenchère opère-t-elle la purge des hypothèques, ou bien a-t-elle seulement pour effet d'empêcher une surenchère nouvelle ?

Voici l'intérêt de la question :

1° S'il y a purge virtuelle, comme le droit de suite a été converti en un droit sur le prix, plus n'est besoin de recourir aux formalités du Code civil pour la purge des hypothèques, de faire des offres aux créanciers inscrits ; dans le cas contraire, l'adjudicataire devra les adresser aux créanciers, bien qu'ils ne puissent les refuser, et les frais de ces notifications ne seront pas frustratoires, puisqu'aux termes de l'article 772, C. pr., ces formalités doivent être accomplies pour que l'on puisse ouvrir l'ordre.

2° S'il y a purge virtuelle, comme l'inscription des hypothèques a produit son effet légal, il n'y a plus à la renouveler ; au contraire, à défaut de purge, l'obligation du

renouvellement subsiste toujours tant que l'adjudicataire n'a pas fait offre aux créanciers de son prix.

3° Enfin, s'il y a purge, le prix est définitivement fixé par l'adjudication à l'égard des créanciers hypothécaires qui, en retour de leur droit de suite éteint, acquièrent un droit sur ce prix, mais fixé à tel point que, si l'adjudicataire venait à revendre l'immeuble pour une somme supérieure, cet excédent lui appartiendrait exclusivement, ou à ses créanciers personnels, et ne pourrait être réclamé par les créanciers hypothécaires du vendeur.

Ces diverses conséquences sont tirées de la purge produite par l'adjudication sur saisie. Faut-il les admettre toutes sans distinction dans notre matière ?

Une première opinion prétend que la purge virtuelle ne s'est pas opérée, qu'il n'y a seulement d'enlevé au créancier hypothécaire que le droit de surenchérir (1).

Elle part de ce principe que, si une adjudication sur expropriation forcée produit les effets de la purge à l'égard des créanciers hypothécaires, c'est parce que ces derniers ayant été appelés dans l'instance en expropriation, ont pu faire monter l'immeuble à sa valeur ; et à l'appui, elle invoque l'intention du législateur de 1841, qui n'a pas voulu compromettre la position des créanciers en faisant naître la purge virtuelle de leurs droits d'une circonstance, d'une vente à laquelle il a tenu qu'ils restassent étrangers.

« Attendu, dit la Cour d'Amiens, que, s'il résulte des art. » 743 et 965 du Code civil qu'après cette surenchère celle » du dixième n'est plus possible, il n'en résulte pas que le » droit de suite, qui est complètement distinct et indé- » pendant du droit de surenchère, soit éteint, et que les » créanciers n'aient plus qu'un droit de préférence sur le » prix ; qu'il suffit, pour être convaincu du contraire, de se » reporter aux discussions qui ont précédé le vote de la loi » du deux juin 1841, discussions desquelles il résulte que

(1) CHAUVEAU, *Quest.* 2503, *sexies.* — COLMET-DAAGE, t. II, p. 632.

Amiens, 17 mai 1851. *Sir.* 51, 2, 344. — Tribunal civil de Nîmes, 3 mars 1887. *Pand.* 87, 2, 214.

» le droit de suite doit continuer tant que les notifications
» prescrites par l'art. 2183 du Code civil n'ont pas été
» faites aux créanciers qui jusque-là, doivent profiter des
» améliorations faites à l'immeuble hypothéqué, et des
» excédents de valeur des ventes et reventes faites par les
» acquéreurs successifs. »

Le tribunal de Nîmes, s'inspirant des mêmes principes, et sur ces motifs que le fait de l'adjudication et de la surenchère ne faisait pas perdre à la vente son caractère de vente volontaire, et que les créanciers, en l'absence de toute notification à fin de purge, conservaient leur droit d'hypothèque sur l'immeuble sans qu'il fût converti en un droit sur le prix, a conclu, de son côté, que tous les créanciers étaient assujettis à toutes les obligations résultant de cette même hypothèque, et notamment à la nécessité du renouvellement de l'inscription.

Dans une deuxième opinion, défendue par MM. Aubry et Rau (1), on soutient, au contraire, que l'adjudication sur surenchère a pour effet d'opérer la purge virtuelle des hypothèques.

Les deux propositions, renfermées dans l'arrêt de la Cour d'Amiens, sont, au dire de ces auteurs, contradictoires. « L'exclusion de la faculté de surenchérir, disent-ils, em-
» porte virtuellement, en effet, conversion du droit de
» suite en un droit sur le prix d'adjudication, et enlève
» aux créanciers la possibilité de réclamer quoique
» ce soit en sus du prix. Il est vrai que le droit de suite ne
» se trouvera pas définitivement éteint tant que le prix
» d'adjudication ne sera pas payé, et qu'il pourra, à défaut
» de paiement, s'exercer par voie de folle-enchère. Mais si
» ce prix est offert aux créanciers hypothécaires, peu im-
» porte qu'il le soit par l'adjudicataire lui-même ou par
» son successeur ; ils ne peuvent rien demander de plus,
» parce que leur droit ne va pas au-delà. »

Cette dernière opinion est plus conforme au droit. Il

(1) T. III, § 293 bis, note 8, p. 800.

semble, en effet, que du moment où par la surenchère le prix est devenu définitif et à l'égard de l'adjudicataire et à l'égard des créanciers hypothécaires, l'effet de la purge s'est produit ; le droit de suite, donné précisément au créancier pour ne laisser échapper son gage qu'autant qu'il n'est pas lié au prix, devient, du moment que ce prix est fixé à son égard comme à l'égard de tout le monde, sans objet. Par la substitution d'un prix devenu représentatif de l'immeuble, il s'est transformé, réalisé, il a désaffecté l'immeuble pour porter sur ce prix désormais invariablement déterminé à l'encontre de tous les intéressés.

Mais, dira-t-on, le créancier n'a pas été mis en demeure de discuter contradictoirement ce prix, comme dans l'hypothèse d'une vente forcée ; comment, alors, le déposer de ses droits ? Il est facile de répondre. D'abord, les notifications que l'on juge nécessaires pour opérer la purge, mettront-elles le créancier dans une situation meilleure ? Assurément non, puisqu'il ne pourra ni repousser ni faire changer l'offre qu'on lui fait. Ensuite, si la loi a pris le parti de purger directement les hypothèques sans consulter le créancier, c'est qu'elle avait des raisons bien fortes pour le faire, pour présumer que l'immeuble avait atteint sa plus haute valeur. Dans notre hypothèse, on suppose que la première vente a pu avoir lieu dans des conditions trop peu favorables à l'exacte détermination du prix, et l'on a recours à d'autres épreuves. Mais combien en admettre ? Là, le législateur se méfiant d'une première, en autorise une seconde. Mais où s'arrêtera-t-il ? il faut protéger non-seulement le droit du créancier, mais aussi celui des adjudicataires ; et deux épreuves sont proclamées suffisantes. La loi l'a voulu ainsi. Sans l'appui d'aucune autre procédure, elle a proclamé la purge des hypothèques. Mais cette hypothèse est la seule où la loi ait pu, par la nature même des choses, déclarer le prix de l'immeuble irrévocablement fixé envers et contre tous.

Tous les effets de la purge sont produits à partir de l'adjudication sur surenchère ; le droit du créancier sur

l'immeuble est converti en un droit sur le prix qui, désormais, ne peut plus varier ; l'inscription a produit son effet légal et n'a plus besoin de renouvellement, sauf toujours le cas où, faute de paiement par l'adjudicataire de son prix, l'immeuble ne serait pas libéré, la purge serait censée ne s'être pas produite, cas où le créancier aurait besoin de renouveler, pour rendre aux autres créanciers, ainsi qu'aux tiers, opposable son droit de suite.

Mais, faut-il aller plus loin et dire : les notifications sont inutiles et les frais occasionnés par elles frustratoires ? Non, je ne le pense pas.

Les notifications ont pour objet, non pas seulement de mettre les créanciers en demeure d'accepter ou de refuser les offres à eux faites par le détenteur qui veut purger, mais aussi de les avertir de la transmission de propriété de l'immeuble grevé, de la soumission par l'acquéreur de mettre immédiatement son prix à leur disposition, avec renonciation de sa part, soit aux termes stipulés vis-à-vis du vendeur pour l'acquittement de son prix, soit à toute distinction entre les dettes exigibles et non exigibles, de les prévenir que le prix de l'adjudication est à distribuer entre eux et qu'ils aient à faire valoir leurs droits. Or, ce dernier but n'est pas atteint par l'adjudication sur surenchère, qui purge bien les hypothèques des créanciers, mais sans les avertir ; en effet, au regard des créanciers qui, par le fait de leur inscription, doivent se trouver aux yeux de la loi en sécurité, et par conséquent doivent être prévenus de toute modification apportée à leur droit d'hypothèque, la purge est *latente*, si je puis m'exprimer ainsi ; c'est donc aux notifications de la découvrir à leurs yeux, de porter à leur connaissance le changement qui s'est opéré dans leur droit, avec les charges et conditions auxquelles s'est astreint le tiers-détenteur devenu à leur égard le débiteur du prix. Cette manière de voir est conforme, d'ailleurs, à l'esprit du législateur de 1841 et aux travaux préparatoires de cette loi. En effet, dans la discussion de l'art. 965 à la Chambre

des députés, M. Dusollier avait proposé un amendement ainsi conçu : « La surenchère du dixième, non plus que » les notifications indiquées par l'art. 2183 du Code civil, » n'auront lieu qu'à défaut de surenchère du sixième, ou » en cas de nullité de la dite surenchère. » Mais, sur l'observation de M. le Rapporteur, qui fit apercevoir leur utilité, l'amendement fut repoussé (1).

Nous admettons donc que la maxime *surenchère sur surenchère ne vaut* a pour résultat d'entraîner, *ipso jure*, la purge des hypothèques. Mais les effets en sont-ils aussi étendus que dans l'expropriation forcée, et les hypothèques légales y sont-elles de même virtuellement purgées ?

Pour résoudre la question, analysons soigneusement les effets produits par la purge envers les créanciers hypothécaires ordinaires et les créanciers à hypothèque légale. Comme l'hypothèque des premiers n'est efficace que par son inscription, le créancier qui la possède est, de par la loi, et sans qu'il soit besoin d'un avertissement préalable, mis en demeure de l'inscrire ; il suffira donc, pour la purger, que le prix du bien grevé soit définitivement fixé envers et contre tous. Mais il n'en est plus de même des hypothèques légales ; comme elles sont valables et opposables à tous sans qu'il soit besoin de les inscrire, il faudra, pour les éteindre sur l'immeuble, purger l'hypothèque et, de plus, faire cesser la dispense de s'inscrire ; l'adjudication sur surenchère n'atteint qu'incomplètement ce but, elle purge bien en le réalisant le droit hypothécaire, mais elle ne fait pas cesser la dispense d'inscription ; aussi le tiers-détenteur, ici l'adjudicataire, devra-t-il à cet effet recourir aux formalités supplémentaires des art. 2193 et suivants du Code civil. Ainsi, dans le cas d'hypothèque légale dispensée d'inscription, comme dans celui de l'hypothèque ordinaire, l'adjudication aura bien toujours eu pour effet de convertir éventuellement le droit de suite en un droit sur le prix ; seulement, dans la première hypothèse, cette

(1) Rapporté : CHAUVEAU, *quest.* 2503.

conséquence seule aura suffi à entraîner la purge virtuelle, la libération de l'immeuble ; tandis que dans la seconde, au contraire, il faudra de plus, pour désaffecter complètement l'immeuble, une formalité qui fixe un terme au créancier pour faire valoir son hypothèque, qui le mette en demeure d'inscrire pour éviter la perte irremédiable de son droit de suite, et cela parce qu'il est placé par la loi dans une situation plus favorable. Mais sitôt qu'il aura inscrit son hypothèque, il se trouvera dans une situation analogue à celle des autres créanciers, il n'aura plus de droit que sur le prix, qui est définitivement fixé même à son égard, puisqu'il n'a plus le droit de surenchérir à cause de notre maxime (1).

Deux textes prouvent encore que la purge *virtuelle* produite par l'adjudication sur surenchère n'atteint pas les hypothèques légales ; ce sont les art. 717 et 838 Code Pro. Le dernier alinéa de l'art. 717, tel qu'il a été modifié par la loi du 21 mai 1858, décide bien que l'adjudication sur expropriation forcée purge les hypothèques dispensées d'inscription, mais précisément cette disposition n'est pas étendue aux ventes volontaires, car, dans ces ventes, les créanciers incapables ne reçoivent pas d'avertissement, et par contre, n'encourent pas de déchéance, si ce n'est par la purge spéciale des art. 2193 et suivants du Code civil. D'autre part, l'art. 838, qui dispose formellement que dans une vente volontaire, si on n'a pas mené de front les deux purges, l'adjudication sur surenchère du dixième ne purge pas les hypothèques légales non inscrites, fournit un puissant argument d'analogie, d'autant plus qu'il statue pour toutes les ventes volontaires en général, sans distinguer si elles ont eu lieu ou non en justice. Enfin, le dernier alinéa du même article décide « que les droits des créanciers à hypothèque légale sont régis par le dernier alinéa de l'art. 772 » ; or, l'art. 772 se réfère, pour la purge de ces hypothèques, aux forma-

(1) AUBRY et RAU, t. III, n° 293 bis, note 7.

lités des art. 2193 et suivants. L'adjudicataire devra donc, malgré l'adjudication sur surenchère, remplir les formalités relatives à la purge des hypothèques légales.

Ici, une autre question se présente, question que nous avons déjà indiquée à la fin du chapitre précédent. La voici : lorsque les formalités des art. 2193 et suivants ont été accomplies, n'en résulterait-il pas, d'après cet art. 838, pour les créanciers munis d'hypothèques qui les auraient fait inscrire dans les délais, la conservation de leur hypothèque dans toute son intégralité, même avec le droit de discuter à nouveau le prix, de faire une surenchère qui serait la seconde ? C'est l'opinion de MM. Ollivier et Mourlon, dont l'un (M. Ollivier), comme membre du Corps législatif, a pris une part active à la confection de la loi du 21 mai 1858 (1). — « Après, disent-ils, avoir consacré le » principe que « surenchère sur surenchère ne vaut » (art. » 838, 710, 965 et 973), la loi prend soin de le violer elle-même ; car déclarer que l'adjudication sur aliénation » volontaire après surenchère du dixième ne purge point » les hypothèques légales, c'est implicitement reconnaître » que les créanciers en la personne de qui elles résident les » conservent dans toute leur plénitude, avec le droit de » faire sur l'adjudication qui a eu lieu une nouvelle surenchère du dixième. »

MM. Aubry et Rau s'insurgent, à juste titre, contre cette manière de voir qui prête à la loi une contradiction qui ne ressort pas de son texte (2).

Ils distinguent entre la purge ordinaire et la purge légale qui, telle qu'elle est organisée par le Code civil, n'a pas pour objet précisément de provoquer l'exercice de la faculté de surenchérir, mais de mettre le créancier en demeure de s'inscrire, sous peine de déchéance du droit de suite. « C'est à ce point de vue, disent-ils, qui est » bien celui du Code civil, que se sont placés les rédacteurs

(1) *Commentaire de la loi de 1858*, n° 249, p. 440 et 441.

(2) T. III, § 293 bis, note 7, p. 499.

» de l'art. 838 du Code de procédure ; et l'on comprend
» dès lors que le dernier alinéa de cet article, qui ne pres-
» crit que dans un but spécial et restreint la purge des
» hypothèques légales, se concilie parfaitement avec
» l'avant-dernier alinéa du même article aux termes
» duquel l'adjudication sur surenchère après aliénation
» volontaire ne peut être suivie d'aucune autre suren-
» chère. » Il en résulte donc que pour les créanciers dis-
pensés d'inscription comme pour les autres, l'adjudica-
tion sur surenchère suffit pour réaliser leur hypothèque,
leur donner un droit sur le prix ; mais qu'à la différence
des créanciers hypothécaires ordinaires, les créanciers à
hypothèque légale ont conservé leur droit de suite sur
l'immeuble ; qu'il faut, comme ils sont dispensés d'ins-
crire, les constituer en demeure de le faire, pour qu'à leur
égard les effets complets de la purge se produisent. Nous
retrouvons ainsi dans l'hypothèse que nous avons traitée
précédemment.

En résumé, l'adjudication sur surenchère, qui purge par
elle-même les hypothèques ordinaires, doit être accompa-
gnée des formalités des art. 2193 et suivants du Code
civil pour atteindre les hypothèques légales ; mais ces
formalités remplies, les créanciers munis de ces hypo-
thèques se trouvent, lorsqu'ils ont inscrit, dans une
situation identique à celle des créanciers hypothécaires
non dispensés d'inscription, et la maxime *surenchère sur
surenchère ne vaut* leur est applicable.

APPENDICE

COMMENT S'OPÈRE LA PURGE DANS LES VENTES DE BIENS DE FAILLIS ?

Faut-il appliquer à ces ventes les règles des adjudications sur expropriation forcée, où celles des aliénations volontaires faites en justice ? En un mot, les adjudications prononcées sur les poursuites des syndics d'une faillite opèrent-elles, *de plano*, par elles-mêmes, la purge de tous privilèges et hypothèques ; — ou bien faut-il qu'elles aient été suivies d'une surenchère ?

Cette question est très délicate et très controversée. Des dissentiments se sont élevés même au sein de la Cour de cassation ; la chambre des requêtes admet la purge *de plano*, tandis que la chambre civile admet, en principe, s'il n'y a pas eu de surenchère, la nécessité des notifications pour opérer la purge (1).

Avant la loi du 28 mai 1838, dans les ventes d'immeubles de faillis, les deux surenchères des art. 565 (ancien Cod. de com.) et 2185 du Code civil pouvaient être exercées successivement. Depuis, le nouvel art. 573 du même Code, qui a remplacé l'ancien art. 565, dispose que la surenchère après adjudication des immeubles d'un failli ne peut être suivie d'aucune autre surenchère. Assurément aujourd'hui il est impossible d'admettre le concours des deux sortes de surenchères. Mais, est-il permis de soutenir que, quinze jours après la vente, même à défaut de surenchère, l'immeuble vendu est soustrait au droit de suite des créanciers hypothécaires qui n'ont plus dès lors qu'un droit de préférence sur le prix ?

(1) *Cass. Requêtes*, 19 mars 1851 ; — *Dal.* 51, 1, 492 ; — *Civile*, 9 novembre 1858. *Dal.* 58, 1, 440.

Divers systèmes se sont fait jour sur la question.

A l'appui de la doctrine de l'affirmative, on présente de nombreux arguments.

D'après l'art. 572 du Code de commerce, après l'union, les syndics *sont tenus* de procéder à la vente des immeubles des faillis, suivant les formes prescrites pour les ventes de biens de mineurs. Alors, dit-on, puisque les syndics *sont tenus* de procéder à la vente, l'adjudication est une adjudication forcée et non volontaire. C'est une hypothèse tout à fait analogue à la saisie immobilière et non à la vente des biens de mineurs. Si notre article l'assimile à celle-ci, c'est seulement au point de vue des formes, nullement quant à ses effets. La question de purge n'est point une question de forme.

De son côté, l'art. 573, nouveau, du Code de commerce, a eu pour but de réduire et de simplifier les formalités relatives à la vente des immeubles des faillis. Il a spécialement organisé le cas de surenchère, en admettant à y concourir, non seulement tous les créanciers du failli, mais encore tout étranger; et en prolongeant à quinze jours le délai de la surenchère. Il a, de plus, établi qu'aucune autre surenchère ne pourra avoir lieu et ne pourra avoir lieu alors en dehors de ses prescriptions. Il a donc constitué un droit nouveau qui a interdit aux créanciers inscrits de se prévaloir de l'art. 2185 (C. c.); d'autant plus que ces derniers ne peuvent pas alléguer leur ignorance de la vente, car la faillite reçoit une très grande publicité, notamment par l'insertion dans les journaux, et ils ne peuvent pas se plaindre de n'avoir pas été conviés par des notifications individuelles à surenchérir.

Tels sont les motifs de la chambre des requêtes dans son arrêt de 1851. Elle voit encore la valeur de son système dans l'utilité de fixer un terme aux opérations de faillite et son explication dans la communauté d'intérêt qui existe entre les créanciers.

Remarquons déjà qu'il est bizarre de trouver une communauté d'intérêt dans une matière où tout est conflit; et

puis, ces dernières considérations pourraient fournir tout au plus un argument de législation, mais non de jurisprudence.

Enfin, il faut tenir compte, dit la Cour, de la garantie offerte par la présence du syndic représentant, au nom de la loi, tous les intéressés. Ici, nous voyons poindre un argument qui, plus tard, sera mis en lumière par la chambre civile dans son arrêt de cassation du 13 août 1867 (1). « Attendu, dit cette chambre, que le syndic en pareil cas » (cas d'union) est le représentant légal de tous les créanciers du failli, puisque lui seul a le droit de vendre en leur nom; qu'en réalité ce sont les créanciers qui vendent leur gage commun par l'entremise et le ministère du syndic, et que dès lors si aucune surenchère ne survient de la part d'aucun d'entre eux dans le délai de quinzaine, le prix des immeubles est fixé d'une manière *définitive et contradictoire* à l'égard de tous. »

Dans ce système l'adjudication des biens du failli produit des effets absolus; elle purge par elle-même, *de plano*, les hypothèques.

Ces conséquences sont admises dans toute leur rigueur par plusieurs auteurs et arrêts (2).

Mais en présence de ce système, dont le grand argument consiste à dire: il y a purge parce que le prix est fixé contradictoirement avec les créanciers, et que ce caractère résulte suffisamment de l'assistance du syndic à la vente, se dresse une objection invincible. La voici: le syndic ne représente que les créanciers du failli, le débat ne doit alors être contradictoire qu'à leur égard; mais à l'égard des créanciers qui ont des hypothèques du chef des précédents propriétaires, le prix ne peut être fixé contradictoirement, puisqu'ils ne sont représentés par personne. Aussi, la chambre civile se hâte-t-elle d'ajouter, dans son

(1) *Dal.* 67, 1, 375.

(2) Voir en ce sens: RODIÈRE, *Procédure civile*, t. III, n° 453; — LAINÉ, *Des faillites*, sur l'art. 573, p. 488.

Orléans, 20 mars 1850. *Dal.* 50, 2, 69; — *Requêtes*, rejet 49 mars 1851. *Dal.* 51, 4, 192; — Nîmes, 28 janvier 1856. *Sir.* 56, 2, 301; — Caen, 1^{er} juillet 1864. *S.* 64, 2, 284; — *Civile*, cass. 3 août 1864. *Sir.* 64, 4, 381.

arrêt du 13 août 1867, à son principe, cette restriction : « au moins à l'égard des créanciers qui, comme dans l'es- » pèce, ne tiennent leurs droits que du failli. » Elle est moins affirmative que la chambre des requêtes. En principe, elle maintient la nécessité de la purge à l'égard des créanciers des anciens propriétaires.

Cette opinion est suivie par MM. Labbé et Lyon-Caen et Renault, et la chambre civile de la Cour de cassation (1).

Dans un arrêt de rejet du neuf novembre 1858 (2), cette chambre était allée plus loin. Les créanciers des anciens propriétaires n'étaient pas les seuls pour qui elle eût fait échec à son système. Après avoir posé sous une forme très dubitative le principe qu'elle devait affirmer dans ses arrêts de 1864 et 1867, elle ajoutait : « Il n'en saurait résulter » que l'adjudicataire des immeubles d'un failli soit dis- » pensé de se conformer aux prescriptions des art. 2181 et » suivants du Code civil sur la nécessité soit de la trans- » cription, soit de la notification de son titre d'acqui- » sition, s'il veut, *vis à vis des créanciers hypothécaires qui* » *n'ont pas concouru aux opérations de faillite*, affranchir » l'immeuble par lui acquis des privilèges ou hypothèques » dont il est grevé. » Dans ce système, quelque soit l'origine des droits des créanciers, dès qu'ils n'ont pas été admis à concourir aux opérations de faillite, l'immeuble adjugé n'est pas purgé de leurs hypothèques, et l'adjudicataire doit leur faire les notifications prescrites par l'art. 2183 du Code civil. C'est l'opinion professée par les auteurs du Dalloz (3). Cependant ces jurisconsultes en atténuent encore les conséquences. Car, si la chambre civile admet bien la nécessité des notifications vis-à-vis des créanciers qui n'ont pas concouru aux opérations de faillite, elle leur

(1) LABBÉ, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 304 et suiv., nos 40 à 48. — LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 2954, p. 824. *Civile*, cassation, 13 août 1867. *Dal.* 67, 1, 375. *Sir.* 67, 1, 390.

(2) *Dal.* 58, 1, 440.

(3) DALLOZ, *Répert. V° Privil. et hyp.*, n° 2042.

Civile, rejet 9 novembre 1858 ; — *Dal.* 58, 1, 440 ; — *Sir.* 59, 1, 49 ; — 24 février 1869. *Dal.* 69, 1, 451.

refuse le droit de surenchère, et Dalloz ne comprend pas une purge aussi étrange qui ne comporterait pas de surenchère. A son avis, l'adjudication n'a pu leur enlever le droit de surenchérir dans les termes de l'art. 2185, puisqu'à leur égard les immeubles du failli ne seraient pas purgés, le prix ne serait pas déterminé. Cela résulte de l'annotation de cet arrêt qui, à ce point de vue, en est une ingénieuse critique.

Sans nous arrêter à ces distinctions et concessions qui nous paraissent arbitraires et même injustes, puisqu'on frappe des créanciers hypothécaires sans les aviser du danger qu'ils courent, nous repoussons le système absolu de la chambre des requêtes et les deux mitigés de la chambre civile. La vente des immeubles d'une faillite n'a pas pour effet d'en opérer la purge des hypothèques *ipso facto*.

En ce qui touche l'assimilation que l'on prétend établir, en se basant sur l'art. 572, Cod. de com., entre l'adjudication faite à la requête des syndics et l'adjudication forcée, il est d'abord important de remarquer que les mots *vente forcée* ne veulent point du tout dire vente sur saisie immobilière. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que la vente après faillite est une hypothèse spéciale de la vente forcée; comme la vente sur saisie en était une première, comme nous en trouverons une troisième dans l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ensuite, établir une similitude entre deux situations simplement parallèles, et se fonder pour cela sur de vagues analogies, c'est faire de l'arbitraire.

D'ailleurs, si la vente dont nous parlons est assimilée à une autre vente, c'est bien plutôt à la vente des biens de mineurs, d'après cet art. 572 lui-même, qui porte que les syndics seront tenus de procéder à la vente des immeubles du failli *suivant les formes prescrites pour la vente des biens de mineurs*. Il renvoie donc à l'art. 964 du Code de procédure, lequel ne vise pas l'art. 717, où se trouve posé le principe que l'on voudrait appliquer par analogie à notre matière.

D'un autre côté, les motifs qui militent pour la purge *de plano* dans l'hypothèse d'une saisie immobilière ne se retrouvent plus dans notre hypothèse; car, dans celle-là, les créanciers sont liés à la procédure par des notifications qui leur sont individuellement faites (art. 692, Code proc.) et qui les constituent parties dans la procédure de vente, et ces notifications sont bien une purge d'une forme particulière, une purge anticipée (1); dans celle-ci, rien ne lie les créanciers en l'absence de toute notification de ce genre, et la notoriété seule de la faillite, de même que la présence du syndic à la vente, sont des mesures de publicité bien insuffisantes pour justifier l'extension du principe dont s'agit aux jugements d'adjudication d'immeubles de faillis. En vain, dit-on, le syndic représente tous les intéressés; il représente seulement la masse des créanciers et non chaque créancier en particulier; de plus, comment peut-on dire qu'il représente les créanciers hypothécaires qui sont le plus souvent en opposition d'intérêt du fait de leurs sûretés réelles avec la masse des créanciers? Du reste, la disposition admise au cas de saisie immobilière est une exception, et comme exception elle doit être strictement appliquée. Les autres modes d'aliénation, quelle qu'en soit la publicité, ventes sur licitation, ventes sur conversion de saisie, ventes de biens de mineurs, etc... ne dispensent pas l'adjudicataire de remplir, au regard des créanciers inscrits, les formalités de purge, ne privent ceux-ci de la faculté de surenchérir. Cette prescription de la loi est encore confirmée par l'art. 772 du Code de procédure: « Dans tous les cas, dit-il, » l'ordre n'est ouvert qu'après l'accomplissement des » formalités prescrites pour la purge des hypothèques. » Il y a donc des formalités à remplir pour la purge des hypothèques, et il faut qu'elles aient eu lieu, que ce soit avant l'adjudication comme dans l'expropriation forcée, ou après comme dans les autres catégories de ventes. Il faut, pour

(1) CHAUVÉAU SUR CARRÉ, *quest.* 2403, t. V, p. 537.

apporter une dérogation à ce principe, une disposition précise, formelle, comme celle qui a posé la règle *surenchère sur surenchère ne vaut*.

Les partisans du premier système et de ses annexes ont prétendu la trouver dans l'art. 573 du Code de commerce (1). Il est d'abord bizarre que le législateur, qui réglait le titre des faillites au Code de commerce, ait cru devoir prendre sur lui de rayer tout un chapitre du Code civil. Voyons ce qu'il a fait.

Rappelons les termes de cet article: « La surenchère » après adjudication des immeubles du failli ne peut avoir » lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes. » Il résulte de cet énoncé que l'art. 573 va édicter un système qui fera échec à l'un des principes du droit commun. Mais quel système?

Nous trouvons avant lui deux sortes de surenchères instituées par la loi; l'une, ouverte à toute personne pendant un certain délai après toute vente aux enchères; car la loi s'est défiée du procédé des enchères, en tant que procédé, et lui a voulu une consécration, la surenchère, à tel point que l'adjudication sur saisie immobilière n'est pas exempte elle-même de ce mode de confirmation; l'autre, établie par l'art. 2185 du Code civil, qui n'a rien de commun avec la précédente, réservée aux créanciers hypothécaires seuls et pendant un délai qui ne court que du jour où le créancier est mis en demeure d'y recourir. Ici, ce qu'a voulu la loi, ce n'est pas pallier les vices inhérents à tel ou tel mode d'aliénation, mais c'est sanctionner le droit d'hypothèque, remédier aux collusions de personnes qui pourraient nuire aux créanciers hypothécaires. Or, de ces deux surenchères, qu'elle est celle qui est visée par l'art. 573? Ce n'est évidemment que la surenchère communément admise par le Code de procédure civile à la suite des adjudications faites en justice, la première. En effet, qu'est-ce que la surenchère du Code de commerce? C'est une surenchère tou-

(1) Il dépend de la loi du 28 mai 1838 qui a modifié le régime des faillites.

jours permise, et à tout le monde, pendant un délai fixé à partir du jour de l'adjudication. Ne sont-ce pas là les caractères essentiels de la surenchère du sixième? Puis, lorsqu'il s'agit de renvoyer pour les détails à un des deux systèmes réglés par la loi, est-ce à l'art. 2185 que se reporte l'art. 573? Non, il s'en réfère à la surenchère du sixième réglée par les art. 709 et suivants du Code civil: « Elle sera » faite au greffe du Tribunal civil, suivant les formes prescrites par les art. 710 et 711 du Code de procédure civile; toute personne sera admise à surenchérir. » Il est vrai que nous trouvons des différences de détail; ainsi le taux de la surenchère sera du dixième au lieu d'être du sixième, le délai sera augmenté, elle pourra se produire dans un délai de quinze jours au lieu de huit. Mais ces changements sont précisément la raison d'être de notre article. Ce sont là des modifications partielles qui ne changent en rien le gros du système.

Le législateur de 1838 était, il est vrai, animé du désir de proscrire la surenchère de l'art. 2185; nous ne le nions pas. Mais l'important, c'est de voir comment il a satisfait à son vœu. Il a tenté d'exclure cette surenchère en lui retirant le plus possible de ses chances d'application; il a réalisé en fait une réforme qu'il n'osait instituer en droit, et posé le premier cette règle, généralisée depuis, *surenchère sur surenchère ne vaut*. Cela ressort de la rédaction même du dernier alinéa de l'art. 573, qui forme une réponse péremptoire à l'argumentation fondée sur les trois premiers alinéas du même article: « Toute personne sera, » dit-il, admise à concourir à l'adjudication par suite de » surenchère. Cette *adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère.* » Dire que la surenchère après purge est expressément écartée quand l'immeuble du failli a été déjà revendu sur surenchère, n'est-ce pas dire qu'elle resterait possible dans tout autre cas? « N'est-ce pas, disent MM. Aubry et Rau, implicitement reconnaître en principe la possibilité d'une » autre surenchère, qui, défendue pour le cas seulement

» où la surenchère ouverte par l'article précité a été de fait
» exercée, se trouve par cela même virtuellement permise
» dans l'hypothèse contraire? » Il y a là un argument *a contrario*, des plus forts, puisqu'il nous ramène au droit commun.

Voici donc quelle est l'économie de notre article : il faut considérer comme épuisé pour tout créancier le droit de surenchérir par cela seul qu'il a été exercé par un étranger ; mais s'il n'y a pas eu de surenchère dans les termes de l'art. 573, le droit ouvert aux créanciers inscrits par l'art. 2185 est resté intact entre leurs mains, et ils pourront toujours s'en prévaloir lorsque l'adjudicataire les aura mis en demeure de l'exercer.

Ce système est admis par une bonne majorité de la doctrine et quelque arrêts de Cours d'appel. (1).

En résumé, dans l'opinion que nous adoptons, la vente des biens de faillis doit, au point de vue de la purge, et par conséquent au point de vue de la réalisation du droit hypothécaire, être assimilée aux ventes volontaires faites en justice. L'adjudication ne purge pas par elle-même les hypothèques, comme l'adjudication sur saisie-immobilière, il faut, de plus, une adjudication sur surenchère, en vertu de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut », inaugurée pour la première fois dans cette matière. A part ce cas, l'adjudicataire, s'il veut se soustraire à l'action hypothécaire des créanciers, devra remplir les formalités de la purge des hypothèques inscrites ou légales, telles qu'elles sont établies par le Code civil.

(1) Voir en ce sens : AUBRY et RAU, t. III, § 293 bis, p. 502 et suiv., texte et note 45 ; — BOISTEL, *Droit commercial*, p. 794 ; — PETIT, *De la surenchère*, p. 269 ; — BOILEUX sur BOULAY-PATY, *Des faillites*, t. II, p. 242 ; — ESNAULT, *Des faillites*, t. III, p. 581. — ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1890 ; — OLLIVIER et MOURLOX, n° 460 ; — GROSSE et RAMEAU, *Commentaire de la loi du 26 mai 1858*, II, 478. — DEMANGEAT sur BRAVARD, *Traité de droit commercial*, IV, p. 627.

Paris, 19 mai 1836, *Sir.* 36, 2, 260 ; — Rouen, 21 décembre 1837, *Sir.* 38, 2, 99 ; — Douai, 4 août 1839, *Sir.* 66, 2, 299 ; — Paris, 21 août 1862, *S.* 62, 2, 546 ; — Douai, 18 août 1863, *S.* 66, 2, 148.

De l'exposé de tous les systèmes que nous venons de voir, et des dissentiments qui profonds existent entre les auteurs et même dans la jurisprudence, il ressort que dans la théorie de la purge virtuelle, il n'y a ni cohésion ni unité.

Le système des lois de 1838, de 1841 et de 1858 est resté incomplet, injuste, insuffisant ; il ne tient pas un assez grand compte des droits légitimes du créancier hypothécaire. On sent que les dispositions en vigueur ont été faites par à-coups, à de trop longs intervalles. Il faudrait une grande loi d'ensemble pour régler ces divers modes de purge, réaliser le droit hypothécaire au mieux des intérêts de tous, et ramener à l'unité.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE.

Nous avons parcouru la série des diverses aliénations à titre particulier, et nous avons constaté que la purge ne pouvait résulter, sauf l'application de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut », que de certaines formalités destinées à avertir les intéressés, à les mettre en demeure de faire valoir leurs droits.

Le but de la loi était d'obtenir la fixation du prix de l'immeuble grevé tantôt avec l'adhésion des créanciers hypothécaires, tantôt à leur encontre ; et pour l'atteindre prenait-elle soin de les convier, soit à veiller à la chaleur des enchères, soit à élever le prix, au moyen d'une surenchère, jusqu'à la vraie valeur de l'immeuble. Tel était le principe.

Mais, il reste un cas dont nous n'avons pas parlé, parce qu'il ne rentre, pour ainsi dire, dans aucune classification, où la purge se produit par l'effet d'une procédure spéciale n'ayant rien de semblable à celle du droit commun ; c'est l'hypothèse tout à fait anormale de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Pour remplir complètement le cadre de notre étude, il faut l'étudier brièvement.

Il n'y a point, pour ainsi dire, d'origine historique dans cette matière. L'idée d'expropriation s'est, il est vrai, présentée de bonne heure dans notre ancien droit et Philippe le Bel en pose le principe dans une ordonnance de 1303 ; mais son organisation se fit attendre jusqu'à la loi du 8 mars 1810, qui la première soumit l'expropriation à un ensemble de règles méthodiquement coordonnées ; et

encore ne s'occupait-elle aucunement de la purge des hypothèques. Cette dernière matière, traitée dans la loi du 7 juillet 1833 (art. 16 et 17), qui simplifia les règles tracées par le Code, fut réglée définitivement dans la loi du 3 mai 1841, qui constitue le code de toute la matière des expropriations pour cause d'utilité publique (1).

Ces expropriations, de même que les ventes sur saisie immobilière, ont pour effet de purger la propriété des hypothèques qui l'entravent; mais les formalités destinées à produire cette purge n'ont plus aucun point de ressemblance. Là le créancier ne possède plus, comme dans les hypothèses précédentes, le droit de surenchérir; il eût été absurde de le lui accorder. Comment comprendre, en effet, qu'un créancier s'engageât à devenir adjudicataire moyennant tel prix, dans un cas où l'expropriant seul peut l'être. Il fallait donc recourir à d'autres procédés, à des formes spéciales de procédure. C'est ce qu'a fait le législateur.

Nous savons que l'objet de la purge est de déterminer la valeur du bien grevé à l'égard des créanciers hypothécaires, afin de substituer à l'immeuble un prix qui le représente, de réaliser, en un mot, le droit hypothécaire. Il suffira donc, pour atteindre ce but, de faire intervenir les créanciers dans la fixation du prix. Déjà en 1833, à la Chambre des pairs, M. Legrand, commissaire du roi, avait exprimé cette idée, en combattant le projet de la commission qui avait proposé de notifier aux créanciers le jugement d'expropriation : « Veuillez remarquer, disait-il, qu'il » n'est pas encore question du règlement de l'indemnité, » mais du jugement qui transfère la propriété à l'Etat. Les » créanciers n'ont ni droit ni intérêt à intervenir dans cet » acte translatif.... quels qu'ils soient (ils) ne peuvent former opposition qu'à la délivrance du prix de l'immeuble; » c'est lorsqu'il s'agira de fixer le montant de ce prix qu'il » sera nécessaire de les faire intervenir (2) ».

(1) DALLOZ, *V^o Expropriation pour cause d'utilité publ.*, n^o 4.

(2) DALLOZ, *Répert.*, *V^o Expropriation*, n^o 342.

Comment le créancier est-il mis en demeure de sauvegarder son droit ? La première condition qu'on lui impose est, comme toujours, l'inscription sur l'immeuble. La loi va donc s'occuper d'abord de déterminer un moment à partir duquel les inscriptions ne seront plus reçues sur l'immeuble, d'arrêter le cours de ces inscriptions, de purger ainsi pour les créanciers le droit de s'inscrire afin d'enlever à l'hypothèque non inscrite son efficacité.

Lors de la promulgation de la loi du 3 mai 1841, on se trouvait sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure qui n'avait pas encore été réformé ; il accordait au créancier muni d'une hypothèque un délai de quinze jours après la transcription pour s'inscrire ; aussi la loi sur l'expropriation réserve-t-elle aux créanciers le même délai de quinzaine, pour inscrire leurs hypothèques, à partir du jour de la transcription de l'acte de cession ou du jugement d'expropriation (art. 17). Mais depuis, la loi du 23 mars 1855 a modifié le principe admis antérieurement, en abrogeant d'une façon expresse les art. 834 et 835 du Code de procédure civile, et en disposant dans son art. 6 « qu'à partir » de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant » hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du » Code civil ne peuvent utilement prendre inscription sur » le précédent propriétaire. » S'inspirant de la règle nouvellement formulée, une opinion s'est fait jour, qui soutient que la transcription seule, sans l'accomplissement du délai de quinzaine, suffit désormais pour arrêter, dans notre matière comme dans les autres, le cours des inscriptions. Les expressions de la loi de 1855, dit-elle, sont très générales et englobent les jugements d'expropriation et les cessions amiables, qui ne sont pas autre chose que des actes translatifs de propriété. Puis, continue-t-elle, l'art. 17 de la loi de 1841 n'a été évidemment qu'une application de la règle du droit commun contenue dans les art. 834 et 835 ; or, une nouvelle règle de droit commun s'étant substituée à l'ancienne, et le délai de grâce ayant disparu de la

législation générale, le droit commun ne doit-il pas s'introduire dans la règle spéciale qui s'en était inspirée, et le délai de grâce ne doit-il pas disparaître. Telle est l'argumentation de Mourlon (1).

Il est difficile, selon nous, d'admettre dans les termes de la loi de 1841, cette opinion. Un désaccord existe entre la loi générale et la loi spéciale ; c'est vrai. Mais les lois générales ne sont pas présumées déroger aux lois spéciales ; et le texte de l'art. 17 est clair et formel, il faudrait, pour l'abroger, une disposition expresse. Puis, d'après l'art. 834 du Code de procédure, la transcription n'était de droit commun que facultative ; tandis que l'art. 16 de la loi du 3 mai 1841 l'a rendue obligatoire pour les jugements d'expropriation ; il n'y avait donc pas d'analogie complète entre les deux sortes de transcriptions ; les règles qui régissaient l'une ont pu varier, sans que l'autre dût les suivre. Ensuite, les jugements et actes de cession dont il est ici question ne rentrent pas autant qu'on veut bien le dire dans les expressions de la loi de 1855, ils sont bien moins des actes translatifs de propriété que des actes extinctifs de toute propriété privée, comme cela résulte nettement de l'art. 18 de la loi sur l'expropriation. Enfin, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires et privilégiés, il a été formellement déclaré au nom du gouvernement, par M. de Casabianca, dans son rapport au Sénat sur la loi de 1855 : « Qu'il n'était nullement dérogé à la » loi du trois mai 1841 sur l'expropriation pour cause » d'utilité publique ; qu'ainsi les délais accordés par cette » loi aux parties intéressées, étaient intégralement maintenus » (2). La majorité de la doctrine abonde dans le

(1) MOURLON, *Traité de la transcription*, t. I, n° 88, t. II, nos 584 et 585. — Dans le même sens : FLANDIN, *De la transcription*, n° 599 ; — DALLOZ, *Répert.*, V° *Transcription*, n° 380 ; — DELALLEAU-JOUSSELIN, n° 292.

(2) *Impress. du Sénat.*, session de 1855, n° 27, p. 17.

sens de cette dernière opinion (1). Quant à la jurisprudence, elle n'a pas eu à se prononcer directement sur la question. Cependant, un arrêt de cassation du trente janvier 1865, pose le principe : « Que le renouvellement décennal des inscriptions est devenu sans objet à partir de la transcription ; » mais, dans ses motifs, la cour s'en réfère uniquement à la loi de 1841 et nullement à la loi de 1855 (2).

Nous admettons donc que les créanciers hypothécaires auront toujours un délai de quinze jours à partir de la transcription pour s'inscrire. Ce sera l'expiration de ce délai qui rendra toute hypothèque non inscrite inefficace. La purge des hypothèques rendues efficaces par l'inscription, c'est-à-dire la réalisation du droit des créanciers hypothécaires, n'aura lieu que plus tard, lorsque le prix sera définitivement fixé à leur égard.

La déchéance, faute d'inscrire, est encourue tout aussi bien par les créanciers à hypothèque légale, que par les créanciers munis d'une hypothèque ordinaire. Leur droit de suite est irrévocablement éteint. Il y a cependant entre les deux sortes de créanciers une différence : chez les seconds, la perte du droit de suite entraîne celle du droit de préférence ; chez les premiers, le droit de préférence survit au droit de suite et subsiste sur le prix, sauf à ces créanciers à le faire valoir selon les règles du droit commun (art. 17 et 54 de la loi).

La première condition pour avoir droit à la fixation du prix est donc l'inscription sur l'immeuble exproprié.

(1) MOURLON, alors partisan de ce système dans l'*Examen critique du Commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, n° 335 ; — BRESSOLLES, *Exposé des règles de droit civil sur la transcription*, nos 34 et 87 ; — SELLIER, n° 268 ; — RIVIÈRE et HUGUET, *Questions*, n° 533 ; — DUCRUET, *Etudes sur la transcription*, p. 5 ; — TROPLONG, *Transcription*, n° 103 ; — CABANTOUS, *Revue critique*, 1855, t. VII, p. 92, et *Répétitions sur le droit administratif*, t. I, n° 584, p. 520 ; — COLMET DE SANTERRE, t. IX, p. 348 ; — AUBRY et RAU, t. II, § 209, note 43 ; — DAFFRY DE LA MONNOYE *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, t. II, sur l'art. 17, p. 180 et suiv.

(2) *Sirey*, 65, 1, 141.

Mais comment le créancier inscrit concourra-t-il à cette fixation qui réalisera son droit hypothécaire ? Il n'a pas, nous le savons, le droit de surenchérir ; le paragraphe trois de l'art. 17 y substitue la faculté d'exiger que l'indemnité soit fixée conformément au Titre IV de la loi.

L'art. 21, premier du Titre IV, pose un principe qui s'éloigne des règles de la purge ordinaire. Ici le créancier ne recevra pas une notification individuelle par le fait même de son inscription ; il devra se faire connaître lui-même ; car il rentre dans la catégorie des *intéressés* visée par le second paragraphe de l'art. 21, et ces intéressés sont mis en demeure de faire valoir leurs droits d'abord par l'avertissement énoncé en l'art. 6, c'est-à-dire l'avertissement de prendre communication du plan des parcelles soumises à l'expropriation, ensuite par la publication, l'affichage et l'insertion dans un journal de l'acte de cession ou de jugement d'adjudication. Ils ont huit jours à compter du dernier acte de publicité pour se faire connaître et acquérir le droit d'être partie à la fixation du prix (1).

Ce n'est que lorsque le créancier sera intervenu dans les délais que l'expropriant devra lui adresser une notification individuelle consistant dans l'offre des sommes devant servir d'indemnité.

Les créanciers inscrits et qui se sont fait connaître, ont, aux termes de l'art. 24, quinze jours pour prendre parti sur l'offre. S'ils acceptent les offres ou laissent passer ce délai sans en déclarer le refus, l'expropriant peut consigner ; et à partir de cette consignation, l'immeuble grevé est définitivement purgé de toutes les hypothèques, le prix est irrévocablement fixé, et par contre, le droit des créanciers inscrits ou dispensés d'inscription est transporté sur la somme offerte, — réalisé. S'ils trouvent les offres insuf-

(1) L'intéressé interviendra soit par huissier, soit par tout autre agent de l'administration dont les actes font foi en justice ; souvent même, dans la pratique, on se contentera d'une simple lettre adressée au préfet ou au sous-préfet, ou même à l'ingénieur chargé des travaux (*Moniteur du 6 février 1833*, p. 301 ; — DALLOZ, Répert., *Vo Expropriation*, n° 388).

fisantes, il leur appartient d'user, dans la quinzaine, de la faculté non de surélever le prix offert, de surenchérir, mais de faire déterminer par justice l'indemnité due pour l'expropriation de l'immeuble grevé. Le prix sera alors fixé par un jury spécial dans des conditions d'équité parfaites; dès lors leur droit d'hypothèque quittera l'immeuble pour s'attacher au prix déterminé par le jugement qui sera rendu, ou plutôt leur hypothèque n'existera plus; elle sera réalisée, elle aura produit son effet légal pour permettre au droit de préférence de s'exercer.

Telle est la procédure de purge spéciale exigée dans le cas d'expropriation forcée. C'est donc dans un cas, au moment où les offres ont été acceptées expressément ou tacitement par l'expiration du délai de quinzaine de l'art. 24; dans l'autre cas, au moment où le jugement qui fixe l'indemnité a été rendu, que la purge s'est opérée; encore est-il nécessaire que des formalités minutieuses et destinées à l'accomplir aient été remplies.

Il est encore à remarquer que la loi de 1841 dispense l'expropriant des formalités de la purge, quand le prix ne s'élève pas au-dessus de cinq cents francs (art. 19); dans cette hypothèse, il se trouve que les droits des intéressés, des créanciers hypothécaires sont restés intacts.



CONCLUSION

Tous les procédés que nous avons vus employés par la loi produisent la purge des hypothèques, parce que d'un côté ils rendent libre l'immeuble grevé, et de l'autre ils opèrent la réalisation du droit hypothécaire, c'est-à-dire la transformation du droit que possédait le créancier sur l'immeuble en un droit ferme au prix représentatif de cet immeuble. Mais, s'ils ont tous le même but, ils diffèrent beaucoup dans les moyens et la qualité des moyens employés pour l'atteindre.

Il n'y a pas dans notre droit, nous l'avons vu par la courte étude que nous venons de faire, de système d'ensemble de purge, de réalisation du droit hypothécaire.

Deux catégories de ventes se présentent. Les aliénations peuvent être amiables ou judiciaires, volontaires ou forcées. Dans notre droit moderne, les ventes amiables sont toujours volontaires, mais les ventes judiciaires comprennent tantôt des ventes volontaires, tantôt des ventes forcées. Or, une tradition séculaire, trouvant son expression dans les effets du décret forcé, avait établi une antinomie frappante entre les ventes volontaires et les ventes forcées. Celles-ci, revêtues de la forme judiciaire, avaient été entourées par notre ancien droit de formalités précises produisant la purge, formalités susceptibles de perfectionnement, mais, en somme, constituant un bon système; celles-là, restées longtemps sans formes capables d'opérer la purge des hypothèques, n'avaient été que sur le tard pourvues d'un système de purge bien imparfait. Que firent les législateurs du droit nouveau? Ils maintinrent dans son ensemble la procédure des ventes forcées et se

contentèrent de l'améliorer ; mais, rejetant l'ancien système de purge, ils en créèrent un de toutes pièces applicable à toutes les aliénations volontaires, et qui devint la purge du droit commun. Cependant, dans l'un et dans l'autre système, la purge ne résulte pas de l'aliénation elle-même, mais des formalités supplémentaires destinées à amener le créancier à une discussion contradictoire du prix. Le point commun apparaît, dans ce fait, que la loi ne transporte pas irrévocablement le droit du créancier de la chose sur le prix sans adhésion de la part de la personne intéressée. Telle était le système du Code. Depuis, on y a apporté une dérogation, celle de la purge virtuelle, qui est venue jeter encore des complications dans toute la matière. La loi, considérant que l'immeuble avait produit le plus haut prix qu'il pût atteindre, a, *de plano*, porté sur ce prix le droit du créancier, sans le consulter ; tel est l'effet de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut ». Il y a certainement là, malgré les motifs puissants qui ont déterminé cette décision, une atteinte portée au droit d'hypothèque.

Le but du législateur devrait être de simplifier toute l'organisation de la purge.

On pourrait y arriver assez facilement en ramenant, par exemple, les opérations de purge à deux groupes distincts. Il suffirait d'appliquer la distinction que les législateurs du Code, fidèles continuateurs de la tradition, ont faite entre les ventes volontaires et les ventes forcées, de l'appliquer, dis-je, aux ventes amiables et aux ventes judiciaires, c'est-à-dire de combiner les formalités de la purge avec celles de l'aliénation elle-même chaque fois que cela serait possible, et c'est possible toutes les fois que la vente a lieu en justice, car alors l'aliénation comporte toujours des formalités préparatoires ; mais de conserver une procédure de purge indépendante, ainsi celle des art. 2181 et suivants, pour le cas où l'aliénation consisterait dans un acte isolé, par conséquent lorsque la vente a lieu à l'amiable. Dans la première hypothèse, la procédure de

purge serait toujours antérieure à la vente ; dans la seconde, postérieure. On étendrait ainsi aux ventes volontaires faites en justice les formalités de l'art. 692 préalables à l'adjudication sur saisie immobilière ; les créanciers hypothécaires seraient sommés de prendre part à la vente, d'en surveiller les opérations, d'enchérir et de surenchérir au besoin. Et la maxime *surenchère sur surenchère ne vaut* ne constituerait plus une violation du droit d'hypothèque des créanciers. Dans ce cas, il serait bon d'ajouter un perfectionnement aux notifications du Code de procédure, trop peu détaillées, d'exiger qu'elles contiennent un tableau des inscriptions qui puisse permettre à chaque créancier de se renseigner sur sa situation hypothécaire. On ne ferait ainsi qu'étendre la réforme déjà opérée par la loi du 21 mai 1858, lorsqu'elle a combiné les formalités de purge des hypothèques légales avec celles des hypothèques inscrites. On éviterait par ce moyen toute la procédure de purge compliquée du Code civil.

Peut-être même serait-il possible de simplifier davantage encore ; de ramener toutes les ventes d'immeubles grevés d'hypothèques à un type unique ; de laisser l'aliénateur donner, lorsque l'immeuble est libre, à son contrat la forme qui lui plairait ; mais d'exiger, lorsque l'immeuble est hypothéqué et que main-levée des hypothèques n'est pas consentie, qu'il ne pût procéder à cette vente que par voie d'adjudication publique et que tous les créanciers inscrits fussent conviés à enchérir ; d'exiger, lorsqu'il s'agirait non plus d'une vente, mais d'un échange, d'une dation en paiement ; d'une donation, que ces mêmes créanciers fussent mis en demeure de contresigner les conventions du débiteur. Il ne serait plus alors besoin de recourir aux notifications et à la surenchère du dixième prévues par le Code civil, formalités compliquées, coûteuses et qui sont loin d'avoir toute l'utilité qu'on était en droit d'en attendre.

Il ne faut pas s'effrayer de l'idée d'une adjudication publique. Ces adjudications, faites sous le contrôle de la

justice, présentent plus de garanties que les ventes amiables, et sont de nature à sauvegarder davantage les droits des créanciers. Elles pourraient elles-mêmes être simplifiées. On devrait, par exemple, se départir du principe qui veut que les ventes en justice aient lieu contradictoirement, c'est-à-dire par le ministère de deux avoués au moins représentant les parties qui ont des intérêts opposés ; une vente ordonnée sur simple requête avec mise en demeure des créanciers hypothécaires d'en surveiller les opérations et d'enchérir suffirait ; ce serait ensuite à ces derniers de faire les diligences nécessaires pour faire valoir leurs droits, s'ils le jugeaient utile ; et par le fait de cette adjudication l'immeuble se trouverait dégrevé de l'hypothèque, qui s'attacherait alors au prix.

Quelle clarté ne jetterait-on pas ainsi dans la théorie si confuse de la purge créée par nos Codes et les lois qui les ont suivis ? Combien serait-il plus facile de déterminer le moment si important de la réalisation du droit hypothécaire, le moment où quittant l'immeuble, l'hypothèque s'attache au prix fixé à l'égard de tous les créanciers hypothécaires, le leur rend opposable, le moment où l'inscription par la transformation du droit qu'elle garantissait a produit son effet légal et n'a plus besoin d'être renouvelée !

De quelle importance n'est-il pas pour le créancier de toujours concourir au prix à obtenir de l'immeuble, prix spécialement affecté au paiement de sa créance ; et de quelles facilités la loi ne doit-elle pas le pourvoir pour lui permettre d'arriver à la fixation de ce prix, fût-il nécessaire en cela de porter atteinte au droit du propriétaire dans le mode de disposition de sa propriété !

Enfin, quel intérêt n'en ressortirait-il pas pour l'acquéreur lui-même ! Il aurait après la vente, et à la condition de payer ou de consigner son prix, une propriété sûre et certaine qu'il ne risquerait pas de se voir ravir par une surenchère souvent postérieure de plusieurs années à son acte d'acquisition.

Tels sont les vœux que nous formons pour arriver à un meilleur système de réalisation du droit hypothécaire, de purge des hypothèques.

FIN.

ERRATA

Pages :	Au lieu de :	Lire :
8, ligne 27.	à ceux qui seront à naître...	à ceux qui sont à naître.
13, note 2.	Gains...	Garus.
16, ligne 15.	il stipule qu'il ne la vendra pas....	il stipule qu'il aura le droit de la vendre.
27, note 3.	Tome 1, page 434, in-16	Tome 1, page 434, note 16.
35, note 2.	aliénation fiduciaire...	aliénation fiduciaire.
40, ligne 25.	<i>ant pecuniam solvat...</i>	<i>aut pecuniam solvat.</i>
41, ligne 21.	<i>Ad formulam hypothecarium...</i>	<i>ad formulam hypothecariam.</i>
61, note 3.	Inst. § 31, de uct., IV, 4.	Inst. § 31, de act., IV, 4.
68, ligne 26.	<i>non posse restituere...</i>	<i>non posse restituere.</i>
70, ligne 12.	Théodore le Jeune...	Théodose le Jeune.
82, ligne 32, et	grévaient... grévée...	grevaient... grevé.
84, ligne 24.		
96, ligne 14.	<i>non oportet...</i>	<i>non oportet.</i>
99, ligne 29.	donnaient...	dominaient.
104, ligne 3.	au treize siècle...	au treizième siècle.
113, ligne 6.	convertir ces immeubles...	convertir ses immeubles.
186, ligne 1.	partout...	partant.
492, ligne 12.	à nommer...	à sommer.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

Le tiers détenteur peut prescrire contre l'hypothèque avant l'arrivée du terme dont la créance hypothécaire se trouve affectée.

II

La *venditio bonorum* se faisait ordinairement aux enchères, mais le *magister* pouvait aussi vendre les biens à l'amiable.

III

L'hypothèque d'une servitude rurale donna au créancier le droit d'en user pour son propre compte tant qu'il n'est pas payé, et à l'échéance le droit de la vendre à un propriétaire voisin.

IV

Il n'y a pas eu à côté de l'interdit salvien proprement dit un interdit quasi-salvien au profit de tout créancier hypothécaire, à l'imitation de l'action quasi-servienne.

DROIT FRANÇAIS

V

Lorsque plusieurs locataires d'une maison démontrent que le feu n'a pas pris chez eux, la part de responsabilité

dont ils se trouvent affranchis ne se reporte pas sur les autres locataires qui ne doivent, sauf le cas où la preuve positive de leur faute est administrée par le bailleur, qu'une indemnité proportionnelle à la partie de maison qu'ils occupent, le surplus de la perte incombant au propriétaire.

VI

La convention suspensive de partage est opposable aux créanciers personnels d'un co héritier et les rend non recevables à provoquer le partage par application des art. 1166 et 2205 du Code civil.

Cependant elle n'est pas opposable aux créanciers qui auraient à faire valoir une hypothèque antérieure à cette convention.

VII

L'adjudication sur surenchère du dixième, prononcée au profit d'un autre que de l'acquéreur qui purge, *résout* l'acquisition de celui-ci.

VIII.

L'acquéreur volontaire, qui ayant fait les offres à fin de purge est surenchéri et ne reste pas adjudicataire, garde les fruits qu'il a perçus depuis son entrée en possession jusqu'à l'adjudication.

PROCÉDURE CIVILE

IX

Lorsque l'adjudication sur surenchère du sixième a été suivie d'une adjudication sur folle-enchère, les créanciers inscrits ne peuvent ensuite venir surenchérir du dixième.

X

L'ordre amiable constitue une instance au même titre que l'ordre judiciaire.

DROIT CRIMINEL

XI

Lorsqu'il s'agit de la répression de délits collectifs ou d'habitude, comme l'usure, pourvu que le dernier fait, qui marque la date de l'accomplissement du délit, ne soit pas prescrit, on peut y rattacher les faits antérieurs lorsqu'ils ne sont point séparés par un intervalle de plus de trois années.

XII

La condamnation par contumace n'entraîne pas l'interdiction légale.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

Signé : JULES CABOÛAT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

Signé : EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

Signé : E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES



DROIT ROMAIN

De l'Action Quasi-Servienne ou Hypothécaire



	Pages.
BIBLIOGRAPHIE.....	5
INTRODUCTION	7

PREMIÈRE PARTIE

Elaboration de l'Action Quasi-Servienne et du Droit hypothécaire.

§ 1 ^o Aliénation <i>fidei causa</i>	14
§ 2 ^o <i>Pignus</i>	18
§ 3 ^o <i>Jus prædicatorium</i>	26
§ 4 ^o Interdit Salvien	27
§ 5 ^o Action Servienne.....	30
§ 6 ^o Influences externes sur la création et la généralisation de l'hypothèque	34

DEUXIÈME PARTIE

Théorie de l'Action Quasi-Servienne.

CHAPITRE I. — FORMULE — CARACTÈRES — EXTENSIONS ...	39
CHAPITRE II. — OBJET.....	46
CHAPITRE III. — MODE D'EXERCICE.....	51
§ 1 ^o A qui est-elle donnée ?.....	51
§ 2 ^o Contre qui ?.....	53
§ 3 ^o A quel moment ?.....	54
§ 4 ^o Quelles preuves doivent être fournies ?.....	57
CHAPITRE IV. — EFFETS.....	60
§ 1 ^o Que doit comprendre le paiement ?.....	61
§ 2 ^o La restitution ?.....	63
§ 3 ^o Quelle sera la condamnation ?.....	72
CHAPITRE V. — EXCEPTIONS. ET FINS DE NON-RECEVOIR QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES. — SON EXTINCTION	77

	Pages.
SECTION I. — FINS DE NON-RECEVOIR.....	78
§ 1 ^o Exception <i>propter impensas</i>	78
§ 2 ^o Bénéfice de cession d'action.....	78
§ 3 ^o Bénéfices de discussion.....	79
SECTION II. — MOYENS PÉREMPTOIRES OU MODES D'EXTINCTION.....	81
§ 1 ^o Exception à raison d'hypothèques antérieures.....	81
§ 2 ^o <i>Præscriptio longi temporis</i>	82
CONCLUSION.....	85

DROIT FRANÇAIS

De la réalisation du Droit hypothécaire

Ou des effets de la Purge à l'égard des Créanciers hypothécaires

BIBLIOGRAPHIE.....	89
INTRODUCTION.....	91

PREMIÈRE PARTIE

Réalisation dans l'ancien Droit français; — Modifications
introduites par le Droit intermédiaire,
les Codes et les autres Lois postérieures.

SECTION I. — ANCIEN DROIT.....	94
SECTION II. — DROIT INTERMÉDIAIRE.....	111
§ 1 ^o Loi du 9 messidor an III.....	111
§ 2 ^o Loi du 11 brumaire an VII.....	114
SECTION III. — LÉGISLATION MODERNE.....	117
§ 1 ^o Code civil.....	117
§ 2 ^o Code de procédure civile.....	118
§ 3 ^o Loi du 2 juin 1841.....	123
§ 4 ^o Loi du 23 mars 1855.....	128
§ 5 ^o Loi du 21 mai 1858.....	129

DEUXIÈME PARTIE

Réalisation dans le Droit actuel.

CHAPITRE I ^{er} . — EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS LES VENTES FORCÉES.....	131
SECTION I. — EFFETS DU JUGEMENT D'ADJUDICATION SUR SAISIE IMMOBILIÈRE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS QUI NE SONT PAS DISPENSÉS D'INSCRIPTION.....	133
SECTION II. — EFFETS DU MÊME JUGEMENT VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS DISPENSÉS D'INSCRIPTION.....	153

	Pages.
APPENDICE. — EFFETS DE LA PURGE :	
§ 1° Dans les ventes sur conversion de saisie...	161
§ 2° Dans les ventes sur folle-enchère.....	164
CHAPITRE II. — EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉANCIERS	
HYPOTHÉCAIRES DANS LES VENTES VOLONTAIRES.....	166
SECTION I. — EFFETS RELATIFS AUX HYPOTHÈQUES NON	
DISPENSÉES D'INSCRIPTION.....	168
SECTION II. — EFFETS RELATIFS AUX HYPOTHÈQUES DIS-	
PENSÉES D'INSCRIPTION.....	180
1° Au cas où il n'a pas été pris d'inscription dans	
le délai de deux mois.....	182
2° Au cas où il en a été pris dans le délai légal..	183
CHAPITRE III. — EFFETS DE LA PURGE A L'ENCONTRE DES	
CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DANS LES ADJUDICATIONS SUR SUR-	
ENCHÈRE — THÉORIE DE LA PURGE VIRTUELLE.....	190
APPENDICE. — COMMENT S'OPÈRE LA PURGE DANS LES	
VENTES DE BIENS DE FAILLIS.....	201
CHAPITRE IV. — EFFETS DE LA PURGE VIS-A-VIS DES CRÉAN-	
CIERS HYPOTHÉCAIRES DANS L'EXPROPRIATION POUR CAUSE	
D'UTILITÉ PUBLIQUE.....	211
CONCLUSION.....	218
POSITIONS.....	223

